

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Des Mesures provisoires et conservatoires

RELATIVES AUX BIENS DES ÉPOUX

dans l'instance en divorce ou en séparation de corps

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 23 novembre 1921, à 4 h. 1/4

PAR

Pierre LENOIR

Président : M. RIPERT, Professeur
Suffragants { *MM. PIÉDELIÈVRE, Professeur*
CAPITANT, Professeur

PARIS

JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

—
1921

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Des Mesures provisoires et conservatoires

RELATIVES AUX BIENS DES ÉPOUX

dans l'instance en divorce ou en séparation de corps

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 23 novembre 1921, à 4 h. 1/4

PAR

Pierre LENOIR



Président : M. RIPERT, Professeur

Suffragants { *MM. PIÉDELIÈVRE, Professeur*
CAPITANT, Professeur

PARIS

JOUVÉ ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

—
1921

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

Des Mesures provisoires et conservatoires

RELATIVES AUX BIENS DES ÉPOUX

DANS

l'instance en divorce ou en séparation de corps

INTRODUCTION

Des modifications considérables se sont produites depuis un demi-siècle dans les idées et les mœurs quant à la situation de la femme mari.

Elles apparaissent notamment dans les situations respectives des époux lors de la rupture ou du relâchement du lien conjugal.

Après la loi du 8 mai 1816, abolissant le divorce décrété le 30 ventôse an XI, il semblait que le divorce ne pourrait être rétabli ; cependant la loi du 27 juillet 1884 intervenait en rétablissant la législation antérieure, puis la loi du 18 avril 1886 était votée à son tour, modifiant et complétant les procédures du divorce et de la séparation de corps. Le mari, chef de la communauté, maître incontesté, conservait jusqu'à la rupture définitive du lien conjugal tous ses droits, sauf ce que décidait vaguement l'article 242 en autorisant la femme à prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires. La femme avait déjà été habilitée par les lois du 13 juillet 1907 et du 3 juillet 1915, pour des situations spéciales.

Mais au cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps, quels pouvoirs la femme pouvait-elle solli-

citer ? jusqu'à quel point pouvait-on restreindre les pouvoirs du mari ?

C'est ce que depuis lors et sans interruption, la jurisprudence, avec des hésitations continuelles, s'est efforcée de déterminer. A l'heure actuelle les mesures provisoires pour la conservation des biens de la femme sont devenues plus certaines, plus précises. Les pouvoirs du mari ont été restreints, et même, dans certains cas, ils lui ont été partiellement enlevés et transférés à la femme.

L'étude qui suit a pour but de mettre à jour ces situations nouvelles que le Code civil ne prévoyait pas et dont l'intérêt s'accroît constamment, la femme ayant acquis à l'heure actuelle, une situation souvent égale, sinon supérieure à celle de son mari.

PREMIÈRE PARTIE

Les mesures provisoires proprement dites

Le Code civil, dans les articles 236, 238, 240, 241, issus de la loi du 18 avril 1886 sur la nouvelle procédure du divorce, énumère les mesures qui peuvent être prises, en indiquant à quelle autorité judiciaire est confiée la mission de les ordonner.

Nous ne nous occuperons que des mesures provisoires ayant trait au patrimoine des époux, et qui sont nécessaires pour procurer, à l'époux le moins bien partagé sous le rapport de la fortune : 1° les moyens de subvenir à son entretien personnel soit jusqu'au jugement devenu définitif, soit jusqu'au moment où il rentrera en possession de ses biens ; 2° les ressources pécuniaires indispensables pour faire face aux nécessités du procès.

La première mesure est la provision alimentaire ; la seconde, la provision *ad litem*.

Ces mesures ont pour fondement général l'article 212 du Code civil, la provision alimentaire étant une application du devoir de secours, et la provision *ad litem* se référant directement au devoir d'assistance. Elles sont toutes deux des obligations ayant le mariage pour source commune et elles en dérivent, puisqu'elles sont la sanction d'une violation par un époux des devoirs du mariage.

Il serait inconcevable qu'une femme, en butte à des mauvais traitements de la part de son mari soit dans l'impossibilité matérielle d'intenter une demande en divorce ou en séparation de corps parce que le mari refuserait de

pourvoir aux dépenses de l'instance, bien qu'il soit nanti de pouvoirs très étendus sur les biens de communauté et par conséquent, sur les revenus des propres de sa femme ! C'est un cas d' « assistance » prévu par l'article 212, ce n'est pas douteux ; et le second alinéa de l'article 240, relatif aux pouvoirs du tribunal, cite, à la suite des demandes concernant les aliments, les « provisions » : la provision *ad litem* est une de celles-ci.

Elles sont réciproques, en ce sens que les époux ont les mêmes droits vis-à-vis l'un de l'autre et que la femme pourra être contrainte d'assister et de secourir son mari, si c'est lui qui se trouve dans la nécessité de solliciter ces mesures. Leurs droits sont exactement les mêmes pour les réclamer et, une fois qu'ils ont obtenu à leur profit la mesure qu'ils demandaient, pour recouvrer les sommes qui leur ont été allouées, sauf, bien entendu, la garantie très générale et qui concerne toutes les créances qu'une femme mariée peut avoir contre son mari : l'hypothèque légale (art. 2121). Cette sûreté est évidemment réservée à la femme.

Ces deux provisions ne dépendent en rien, quant à leur existence, du régime sous lequel les époux sont mariés ; cependant le montant de la provision variera dans une large mesure suivant que l'époux créancier a ou non la jouissance de ses biens. La provision alimentaire est déterminée d'après les besoins du créancier et d'après la fortune du débiteur : elle oscillera entre ces deux éléments variables et elle en subira les fluctuations ; mais un autre élément d'appréciation entre en ligne de compte dans le calcul de la provision *ad litem* : à savoir les difficultés probables de la procédure, la longue durée de l'instance, les incidents qui peuvent être soulevés.

Leur but est d'établir un équilibre financier temporaire entre les époux, en attendant la liquidation de leur régime matrimonial. Nous aurons en effet, au cours de notre étude, l'occasion de constater que les mesures provisoires, la provision alimentaire en particulier, sont appliquées non seulement jusqu'au jugement définitif, mais encore

jusqu'à l'issue de la liquidation des droits des parties (1). Par le fait de la demande en divorce ou en séparation de corps, l'existence du ménage est si compromise qu'il appartient au juge d'intervenir pour fixer la contribution de l'époux le plus fortuné à la subsistance de l'autre et à la défense de ses droits devant la justice.

1. Orléans, 25 nov. 1898 sous Req., 15 déc. 1909. S. 12.1.313.

CHAPITRE PREMIER

De l'autorité qui a qualité pour ordonner les mesures provisoires

Nous étudierons, en premier lieu, la compétence des juridictions appelées à ordonner des mesures provisoires, puis les caractères particuliers des décisions prises, quant à l'autorité de la chose jugée et à l'exécution provisoire, enfin les voies de recours dont ces décisions peuvent être l'objet.

SECTION I

Cinq juridictions ont reçu le pouvoir tantôt successif, tantôt concomitant de statuer sur les mesures provisoires avec des compétences diverses, selon le moment de l'instance et la nature des mesures à prendre.

1° Le juge recevant la requête de l'époux demandeur. — L'article 236 lui accorde le pouvoir d'« autoriser l'époux demandeur (le texte ne dit pas : la femme) « à résider séparément en indiquant, s'il s'agit de la « femme, le lieu de la résidence provisoire » ; dans ce cas, peu importe que la femme soit demanderesse ou défenderesse, la loi ne faisant aucune distinction (1).

Le juge peut aussi ordonner la remise à la femme de ses effets personnels, car cette mesure accompagne nécessairement la séparation de résidence ; la réglementation de la garde des enfants rentre également dans ses pou-

1. Aubry et Rau, VII, § 478, p. 323, note 67.

voirs (argument des mots : « à nouveau » de l'art. 238-2°).

Comme il n'y a pas de débat contradictoire en présence du juge, on s'est demandé si l'ordonnance qu'il rend est ou non susceptible d'appel.

La doctrine, tirant argument du silence de la loi, opine pour la négative (1). Les inconvénients pratiques de l'absence d'une voie de recours contre cette ordonnance sont parfaitement négligeables, attendu que la tentative de conciliation ne doit pas se faire attendre plus de vingt jours, et que d'ici là, il serait possible de faire modifier par le juge une mesure provisoire imprudemment ordonnée.

2° Au jour fixé par la première ordonnance pour la tentative de conciliation le président du tribunal entend les parties en personne à moins que la demande en séparation de corps soit formée par le tuteur *ad hoc* ou le subrogé-tuteur de l'interdit (2) ; elles doivent se présenter sans être assistées de qui que ce soit, pas même d'un avocat (article 877, Proc. civ.) afin que le président ait la liberté la plus complète pour sa mission de conciliation. Il est utile de faire ressortir le caractère nettement gracieux du rôle dévolu au président : comme conciliateur, il ne se contente pas de statuer entre les adversaires, il fait office de conseil, de médiateur pour une réconciliation possible et, en même temps qu'il adresse aux époux des représentations sur la gravité de l'acte qu'ils s'apprêtent à accomplir, il prend à tâche d'atténuer dans la mesure du possible les difficultés imminentes, provoque de la part des époux leur avis sur telle ou telle mesure qui lui paraît nécessaire et décide en pleine connaissance de cause ce qui devra être fait au plus tôt pour assurer la sécurité des époux. Son intervention judiciaire doit apaiser, par des mesures appropriées, leur ressentiment réciproque (3).

La loi lui confie un double rôle :

1. En ce sens : Aubry et Rau, 5^e éd., VII, § 478, note 72. Planiol. I, n° 1244. Baudry-Lacantinerie, *Des personnes*, III, n° 212.

2. Rousseau et Laisney, *v° Sép. de corps*, n° 32.

3. Il peut statuer sur les mesures provisoires en raison de l'urgence

a) Avant toutes choses, il doit s'efforcer de rétablir l'accord entre les époux, et nous pouvons remarquer que sa mission est à ce point de vue si essentielle, que pour les conciliations en matière de divorce et de séparation de corps, c'est le président du tribunal civil qui a été choisi, et non le juge de paix devant qui ont lieu les tentatives de conciliation ordinaires, comme étant particulièrement apte par son expérience et sa situation à régler, à l'amiable si possible, les différends personnels qui peuvent surgir entre les époux.

b) Quand la confrontation des époux en sa présence n'a produit aucun résultat favorable, la qualité proprement dite de juge reparait en quelque sorte dans la personne du président : un débat contradictoire s'engage entre les époux au sujet des mesures provisoires sollicitées de part et d'autre, et le président statue sur les mesures provisoires qui lui sont demandées. Dans aucun cas, il ne peut statuer d'office, l'article 240 ne s'appliquant qu'au tribunal.

La compétence du président est déterminée par l'article 238 qui énumère les diverses mesures qu'il peut ordonner. Le débat entre les époux (quand débat il y a, ce qui est rare, le défendeur ne se présentant pas d'ordinaire pour la tentative de conciliation) provoque des modifications aux mesures provisoires sur lesquelles a statué la première ordonnance : le juge conciliateur statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur, sur la remise des effets personnels et sur la demande d'aliments.

Son ordonnance est exécutoire par provision en raison de l'urgence des mesures ordonnées et susceptible d'appel. Les difficultés qui se présentent à propos de l'appel de cette ordonnance seront examinées quand nous traiterons la question des voies de recours (art. 238.3°); elle autorise d'une manière générale la femme à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits (1)

même si on lui oppose l'exception d'incompétence. Lyon 17 mars 91, S. 92. 2. 1. Dijon, 20 avril 1904. D. 07. 2. 222.

1. Cass. 17 juin 1911. S. 1911. 1. 128.

et à ester en justice (art. 238-4°) ; elle est une forme particulière de l'autorisation de justice.

L'ordonnance de non-conciliation prescrivant des mesures provisoires subsiste en son entier et doit continuer à recevoir exécution tant que l'instance est en cours, si appel n'a pas été interjeté de l'ordonnance ou si les mesures ordonnées par elle n'ont pas été ultérieurement modifiées ; elle n'est pas caduque par l'engagement de l'instance principale devant le tribunal. En conséquence, la femme a droit au paiement de la pension alimentaire que l'ordonnance du président a condamné son mari à lui verser, tant qu'il n'a pas été statué sur l'appel du jugement prononçant le divorce, et encore bien que ce jugement lui ait refusé toute pension (1).

Si les mesures subsistent, dans les conditions que nous avons indiquées, jusqu'au moment où le jugement sur le fond est devenu définitif, nous devons noter également que tant que le tribunal n'est pas saisi, les mesures provisoires sont du ressort exclusif du président statuant en conciliation (2).

En ce qui concerne les mesures non prévues par l'article 238, nous pensons que la provision *ad litem* peut être demandée au président statuant en conciliation, la dite provision ne devant s'appliquer qu'aux frais à venir et non aux frais déjà faits, et l'époux qui sollicite cette avance devant être mis à même de se la faire attribuer le plus tôt possible ; D'autre part il a été jugé que le président statuant en conciliation n'avait pas le pouvoir de prendre des dispositions relatives à la communauté, notamment de donner à la femme l'autorisation de continuer l'exploitation d'un fonds de commerce commun, d'en conserver le produit et d'en interdire l'entrée à son mari (3).

Il est certain que le pouvoir de prononcer une mesure aussi grave, puisque non seulement elle dépouille le mari de l'administration d'un bien commun, mais que, de plus,

1. Alger, 29 février 1912. S. 13. 2. 54.

2. Paris, 4 janvier 1910. S. 10. 2. 276.

3. Paris, 17 fév. 97. D. 97. 2. 296. S. 98. 2. 295.

elle la confie à la femme, ne saurait appartenir au président conciliateur, mais nous sommes d'avis qu'en se cantonnant dans les limites de l'article 242, il serait en droit d'en faire l'application aux parties.

L'ordonnance de non-conciliation est susceptible d'appel dans les conditions posées par l'article 809 du Code de procédure en matière de référé. L'article 238-3° du Code civil ne fait aucune distinction à propos de l'appel qui peut être interjeté dans tous les cas, qu'il y ait eu ou non débat entre les époux au sujet des mesures prescrites (1); cependant, si l'ordonnance ne faisait que consacrer un accord survenu entre les parties, l'appel n'en serait pas recevable (2).

Les controverses sur l'appel de cette ordonnance sont examinées dans la troisième section du présent chapitre.

3° Le tribunal doit être saisi de la demande en divorce ou en séparation de corps dans les vingt jours qui suivent l'ordonnance de non-conciliation : l'article 238, dans ses septième et huitième alinéas, impose à l'époux demandeur l'obligation d'user du permis de citer ou plus exactement d'assigner devant le tribunal dans un délai de vingt jours à partir du moment où l'ordonnance de non-conciliation a été rendue, sous peine de voir les mesures provisoires ordonnées à son profit cesser de plein droit. Mais l'ordonnance continue à produire ses effets, même après l'expiration de ce délai et jusqu'à la péremption d'instance, quant à la permission donnée au conjoint qui l'a obtenue de citer son conjoint devant le tribunal à fin de divorce (3). Ce délai de vingt jours n'est pas susceptible, soit d'être augmenté à raison des distances, puisqu'il n'a pas pour point de départ une signification à personne ou à domicile (4), soit d'être suspendu par l'appel interjeté contre l'ordonnance par l'époux demandeur, cet appel ne

1. En ce sens : Carpentier. La loi du 18 avril 1886 et la jurispr. en mat. de div., II, n° 72; Vraye et Gode, I, n° 241, Depeiges, n° 74.

2. Nancy, 15 fév. 96. D. 96. 2. 144.

3. Aubry et Rau, VII, § 478, p. 310.

4. Cass., 27 février 1903. S. 1905. I. 300.

portant pas sur l'autorisation de former la demande, mais sur les mesures provisoires prescrites pour le cours de l'instance en divorce (1); et l'ordonnance étant devenue sans effet en ce qui les concerne, la Cour n'a pas à statuer sur des mesures de plein droit non avenues (2).

Lorsque le tribunal est saisi, l'article 238-5° lui attribue compétence pour modifier ou compléter les mesures provisoires prises par le président.

Nous verrons, en traitant la question des voies de recours que cet alinéa, pour être exact, a besoin, d'après une jurisprudence constante, d'être ainsi limité : le tribunal ne peut modifier les mesures prises avant l'engagement de l'instance principale qu'à la condition que des faits nouveaux, survenus depuis l'ordonnance du président, nécessitent des mesures différentes ou complémentaires des premières mesures prises.

Si la situation contemporaine de l'ordonnance du président est restée identique, cette ordonnance ne peut être réformée que par la voie de l'appel ; nous verrons ultérieurement quelles sont les difficultés qui ont été soulevées pour concilier les alinéas 3 et 5 de l'article 238.

Le tribunal possède donc le pouvoir d'adapter les mesures provisoires aux circonstances nouvelles, et il peut aussi statuer sur les demandes de provisions alimentaires, sur la provision *ad litem* et sur toutes les mesures urgentes (art. 240), à moins que l'urgence exceptionnelle n'exige l'intervention du juge des référés qui pourrait statuer même lorsque l'instance est pendante devant le tribunal (3).

4° Le juge des référés peut statuer dans tous les cas d'urgence (art. 806, Proc. civ.) mais sa compétence paraît être restreinte par l'article 238-5° du Code civil à l'attribution au profit de la femme d'une résidence séparée sur laquelle il reçoit d'ailleurs le pouvoir de statuer en tout état de cause. C'est là une excellente précaution de la loi

1. Paris, 10 août 1889. D. 90.2.149.

2. Paris, 8 février 1908. D. 11.2.245. S. 09.2.24.

3. Req., 8 mars 1916. D. 16.1.73.

qui permet à la femme de pouvoir se faire attribuer une nouvelle résidence par une procédure rapide pour se soustraire, par exemple, aux mauvais traitements de son mari.

Cependant la jurisprudence, ne lui appliquant pour ainsi dire que l'article 806 du Code de procédure, a maintes fois reconnu le juge des référés compétent pour toutes les mesures urgentes concurremment avec le tribunal, lorsque celui-ci est saisi de l'instance principale, notamment pour l'allocation ou la modification d'une pension alimentaire (1).

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 octobre 1903 (S.04.I. 337) exige que l'urgence soit exceptionnelle pour que le juge des référés soit compétent lorsque le tribunal est saisi.

La meilleure interprétation que l'on puisse donner de la restriction mentionnée par l'article 238-5° *in fine* est celle-ci : le juge des référés est compétent en tout état de cause si l'urgence exceptionnelle est démontrée et d'autre part, il peut connaître, en tout état de cause également, l'urgence pressante étant présumée, de la fixation de la résidence de la femme.

Il n'est pas possible de laisser au juge des référés, lorsque le tribunal est saisi, le pouvoir de décider souverainement dans quels cas l'urgence existe. Cette urgence est caractérisée par ce fait que, si la juridiction du référé était interdite, un préjudice grave et irréparable pourrait s'ensuivre (2). La charge de la preuve de l'urgence incombe au demandeur, car permettre trop facilement de recourir à la procédure du référé lorsque l'instance est engagée sur le fond serait en contradiction avec le principe couramment admis que, quand le tribunal est saisi, son président ne peut plus statuer en référé, même à titre provisoire (3).

1. Req., 8 mars 1916. D. 1916.I. 73. En sens contraire : Montpellier, 31 janvier 1895. D. 96.2.355.

2. Bordeaux, 31 janvier 1899. D. 99.2.112.

3. Poitiers, 6 août 1879. D. 79.2.262. Paris, 2 janv. 1883. D.83.2.141.

Le juge peut ordonner en référé les mesures les plus diverses, notamment sur la demande de la femme autoriser la saisie-arrêt des sommes et valeurs dépendant de la communauté en vue de prévenir les abus que le mari pourrait commettre dans son administration (1).

Son ordonnance, qui jouit de l'exécution provisoire (art. 809, P. c.), permet au plaideur qui l'a obtenue, d'avoir satisfaction d'une manière très rapide.

5° En ce qui concerne les mesures provisoires, la Cour d'appel a des pouvoirs identiques à ceux du tribunal : elle peut les exercer soit comme juge d'appel d'une décision ordonnant une mesure provisoire, soit comme juge d'appel de la décision sur le fond ; des mesures provisoires peuvent être nécessaires à ce moment et le pouvoir de les ordonner n'appartient qu'à la Cour.

SECTION II

Des caractères particuliers des décisions ordonnant les mesures provisoires

Les décisions ordonnant des mesures provisoires présentent des particularités se rattachant, *tantôt à l'objet de la demande* et au *caractère provisoire et variable* de celui-ci, telle l'autorité de la chose jugée, très différente en notre matière de ce qu'elle est d'ordinaire, *tantôt à la juridiction* qui prononce les mesures provisoires, telle l'exécution provisoire qui affecte l'ordonnance de non conciliation ; le bénéficiaire des mesures semble être privé de cet avantage, lorsqu'elles sont ordonnées par le tribunal.

Pour être complet, il nous faut faire remarquer que l'exécution provisoire peut être ordonnée, par n'importe quelle juridiction, « lorsqu'il s'agira... de pensions ou provisions alimentaires » (art. 135-7° C. proc.).

1. Cass., 16 décembre 1889. S. 90.1.481.

P. Lenoir

1. L'autorité de la chose jugée est subordonnée en notre matière, à la condition que les circonstances de fait n'aient pas changé depuis la décision judiciaire.

On s'imagine facilement comment l'autorité de la chose jugée va jouer en matière de mesures provisoires : comme elles sont instables et susceptibles d'être modifiées selon les circonstances, il est impossible de ne pas permettre aux plaideurs de solliciter et d'obtenir après coup des mesures différentes de celles qui ont été prises au début de l'instance.

Depuis le moment où on les ordonne, les mesures provisoires ne sont fondées que sur des éléments flottants et essentiellement variables : établies sur ces données, et comme la provision alimentaire par exemple destinée à suivre les fluctuations de la fortune des époux, il va sans dire qu'il est de toute impossibilité de les fixer, la première fois qu'elles sont demandées, d'une façon définitive.

Voici comment l'autorité de chose jugée va s'appliquer aux mesures provisoires :

a) Tant que la situation réciproque des époux reste identique à ce qu'elle était le jour où les mesures provisoires ont été ordonnées, il n'y a pour les modifier qu'un seul moyen : il faut faire appel devant la juridiction du second degré, à laquelle on demandera d'infirmer la décision attaquée. L'ordonnance du président ne peut être attaquée que par la voie de l'appel et le tribunal n'aurait aucun droit pour réformer les décisions prises par son président : de même, si le tribunal avait statué sur les mesures provisoires on ne pourrait revenir devant lui pour lui demander d'apporter une modification au jugement : il faudrait encore recourir à la voie d'appel.

La décision ordonnant des mesures provisoires emporte donc autorité de chose jugée, si le *statu quo* est maintenu.

b) Mais il en va tout autrement lorsque les circonstances n'étant plus les mêmes, entraînent la nécessité de modifier les mesures prises : dans ce cas, on peut toujours demander à la juridiction saisie actuellement de l'instance

de revenir sur la décision antérieure pour la réformer (1).

L'article 1351 du Code civil relatif aux conditions qui doivent être remplies pour que l'autorité de la chose jugée s'applique, devrait être, en ce qui concerne les mesures provisoires, complété ainsi... « et que les circonstances contemporaines de la première décision n'aient pas changé ».

2. Pourquoi l'exécution provisoire dont il est question dans le troisième alinéa de l'article 238 du Code civil à propos de l'ordonnance de non-conciliation, ne s'applique-t-elle pas dans tous les cas où il y a lieu de prononcer une mesure provisoire, que ce soit par un juge unique ou par le tribunal ?

Quelques auteurs (2), interprètent restrictivement l'article 238-3° et refusent de reconnaître au tribunal le pouvoir de décider qu'un jugement ordonnant une mesure provisoire sera exécutoire par provision, en invoquant le silence de la loi à l'appui de leur opinion.

L'opinion contraire pourrait encore mieux dire que la loi pouvait fort bien se dispenser de répéter que l'exécution provisoire affecterait les jugements du tribunal statuant sur des mesures provisoires : les raisons d'assimiler à ce point de vue les ordonnances du président et les autres décisions nous semblent incontestables. Les cas dans lesquels statuent le président conciliateur (art. 238-3° C. civil) ou le juge des référés (art. 809 Proc.) sont d'ordinaire ceux où l'urgence est la plus pressante, mais ne peut-il pas en être de même à l'égard des jugements du tribunal ou des arrêts de la Cour d'appel ? Il peut arriver que des mesures n'aient pas été sollicitées du président conciliateur qui ne pouvait les ordonner d'office, ou bien que, le tribunal une fois saisi, leur urgence ne soit pas telle qu'une procédure de référé s'impose, mais où cependant les délais de droit commun afférents à

1. Cass., 6 février 1889. D. 90.1.269; Riom, 21 décembre 1891. S. 92.2.4; Req., 25 juin 1889. D. 90.1.420; Orléans, 3 avril 1889, *Gaz. Pal.*, 9 mai 1889.

2. Planiol I, n° 1244-2°.

l'appel puissent causer un préjudice très grave à l'un des plaideurs : celui-ci sera contraint, pour demander l'exécution du jugement du tribunal, d'attendre l'expiration du délai d'appel ! Cela nous paraît d'une sévérité peu logique. Remarquons, d'autre part, que le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif quant aux décisions provisoires, les Cours d'appel statuant sur des mesures provisoires, peuvent ordonner l'exécution provisoire de leurs décisions.

L'énumération assez longue des cas où l'exécution provisoire pourra être ordonnée font considérer par la doctrine et par la jurisprudence l'article 135 du Code de procédure comme limitatif : notamment un arrêt de la Cour de Paris du 3 février 1892 (1) refuse pour ce seul motif l'exécution provisoire en matière de provision *ad litem*. Nous verrons en étudiant en détail cette provision, ce qu'il faut penser de cette décision.

Il serait parfaitement raisonnable d'admettre de plein droit l'exécution provisoire pour toutes les décisions provisoires, au moins en matière de divorce et de séparation de corps. Ces décisions ne servent elles pas à parer au danger que peuvent courir les intérêts — intérêts parfois purement personnels, donc d'une importance considérable — des époux, qui risquent d'être compromis au cours de l'instance ? N'interviennent-elles pas à l'occasion d'un danger imminent ? Il est facile de se rendre compte qu'elles sont urgentes et nous ne voyons pas comment on peut justifier la différence d'efficacité inscrite dans l'article 238 du Code civil entre l'ordonnance rendue par un juge et la décision du tribunal. Cette différence, croyons-nous, n'a pas été intentionnelle. On ne voit pas avec quels arguments de fond on pourrait défendre une semblable contradiction de la part du législateur : obliger un plaideur, qui a obtenu du tribunal un jugement lui accordant le bénéfice d'une mesure provisoire, à attendre que les délais d'appel soient expirés pour agir !

On invoque le défaut d'urgence ? Mais le tribunal peut

1. Sous Cass., 13 déc. 1899, S.oo. 1. 353; D. 93. 2. 221.

avoir à statuer sur une situation tout aussi urgente que celle qui est soumise au président conciliateur : la femme peut avoir besoin d'un supplément de pension et la nécessité de cet appoint peut être pressante.

La difficulté provenant de l'antinomie entre le troisième alinéa de l'article 238 et l'énumération limitative de l'article 135 du Code de procédure peut être résolue de trois façons :

Ou bien dire avec la Cour d'Amiens (1) que le tribunal peut ordonner l'exécution provisoire de sa décision, nonobstant appel, dès lors qu'il y a nécessité absolue ;

Ou bien tirer argument de ce que la loi n'a pas pu refuser à un jugement émanant d'un tribunal, ce qu'elle accordait expressément à la décision d'un juge unique (2) ;

Ou enfin conclure du silence de la loi que l'exécution provisoire appartient de plein droit aux décisions provisoires, en matière de divorce et de séparation de corps.

Nous nous rallions pour notre part à la dernière interprétation car c'est celle qui satisfait le bon sens et la logique de la manière la plus complète.

La Cour suprême (3), d'ailleurs, s'est exprimée à ce sujet de la manière suivante :

« Attendu qu'il résulte des termes comme de l'esprit des « articles 238 et 240 du Code civil que les dispositions « judiciaires qui ont ce caractère » (d'être ordonnées pour être appliquées provisoirement pendant la durée de l'instance et jusqu'à la liquidation des droits des parties) « sont exécutoires par provision, et *qu'il n'en saurait être* « autrement, puisque ayant pour objet de pourvoir, soit « aux besoins présents de l'époux qui a un domicile « séparé, soit à la protection physique et morale des « enfants, soit aux nécessités du procès, *elles ne produi-*

1. Amiens, 10 août 1893. D. 93. 2.580, Cf. Paris, 21 janvier 1895. S. 97. 2.137.

2. Alger, 15 avril 1907, *Gaz. Trib.*, 30 juin 1907 ; Paris, 21 janvier 1895, D. 95. 2.168.

3. Req., 13 décembre 1899. S. 00. 1.353.

« raient pas leur effet si leur exécution pouvait être suspendue par un pourvoi. »

Cet arrêt, intervenu à propos de l'application du sixième alinéa de l'article 248 du Code civil aux décisions provisoires conclut en faveur de la négative ; et nous pouvons nous servir de sa très exacte argumentation pour l'appliquer d'une façon générale à toutes les décisions provisoires pouvant intervenir au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps. L'appel étant comme le pourvoi, suspensif en notre matière, on peut se demander, s'ils s'appliquaient aux mesures provisoires, quelle utilité pourraient bien conserver des mesures provisoires (c'est-à-dire urgentes, car ce qui est provisoire correspond à un besoin urgent) qui seraient assujetties à un tel retard.

SECTION III

Les voies de recours applicables aux décisions ordonnant des mesures provisoires

1° L'analogie, remarquable à plusieurs points de vue entre l'ordonnance de non-conciliation rendue par le président et l'ordonnance de référé, se constate encore par l'impossibilité de faire opposition à ces ordonnances lorsqu'elles sont rendues par défaut (1).

Nous avons vu qu'elles étaient toutes deux exécutoires par provision (art. 809, P. c.) ;

2° Ces deux sortes d'ordonnances sont susceptibles d'appel ; mais à propos de l'ordonnance de non-conciliation, le troisième alinéa de l'article 238 qui la soumet à l'appel ne se concilie pas du tout avec le cinquième alinéa

1. Carpentier, II, n° 72. *Div. et sép. de corps*, n° 1590 ; Vraye et Gode, I, n° 245. *Contrà*, Depeiges, n° 74.

du même article qui dispose que « lorsque le tribunal est « saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge « peuvent être modifiées ou complétées au cours de « l'instance par jugement du tribunal ».

La divergence entre ces dispositions d'un même article est telle que la jurisprudence a longtemps hésité sur la solution des deux questions suivantes :

a) Pouvait-on encore interjeter appel lorsque le tribunal était saisi ? car on pouvait craindre une sorte de conflit entre le tribunal et la Cour.

b) Lorsque le tribunal se saisissait de l'instance, la Cour devait-elle ou non se dessaisir de l'appel qu'on avait interjeté devant elle ?

De très nombreux arrêts ont, LES UNS (1), jugé que l'appel est impossible quand le tribunal est saisi, en s'appuyant sur l'article 238-5°, et que si l'appel a été interjeté avant que le tribunal soit saisi, celui-ci ayant à connaître désormais de toutes les circonstances de la cause, doit être l'unique juridiction à qui on peut demander des modifications aux mesures antérieures : en conséquence la Cour doit se dessaisir de l'appel ; LES AUTRES (2) au contraire ont décidé que, pourvu que l'appel soit formé dans les délais, il peut être interjeté même quand le tribunal est saisi et que la Cour peut statuer sur l'appel, tout en laissant au tribunal le pouvoir de prescrire les mesures provisoires que la situation nouvelle des époux exigerait. Parmi ces arrêts, une décision de la Cour de Riom du 21 décembre 1891 (S. 92.2.4) paraît réclamer une condition supplémentaire, à savoir qu'il faudrait que l'appel soit interjeté avant l'introduction de la demande principale ; mais, d'après cet arrêt, ce fait, dont l'absence ne rendrait pas la Cour incompétente, contribue à rendre indiscutable l'opinion qui maintient la compétence de la Cour.

1. Paris, 13 août 1886. D. 88.2.241. S. 89.2.9 ; Pau, 10 janvier 1889. D. 90.2.16 ; Nîmes, 13 fév. 1889. D. 90.2.333 ; Paris, 5 av. 1889. D. 90.2.333 ; Bordeaux, 3 juin 1892. D. 92.2.524 et 12 mai 1896. S. 97.2.192.

2. Paris, 11 mars 1890. D. 90.2.333. S. 90.2.64 ; Cass., 29 juin 1892. S. 93.1.242. D. 92.1.553 ; Paris, 29 avril et 20 déc. 1890. D. 91.2.343 ; 4 janvier 1910. S. 10.2.276 ; 8 fév. 1908. S. 09.2.24.

Tels sont les deux courants opposés de la jurisprudence qui, s'appuyant soit sur l'un, soit sur l'autre des deux textes, aboutit à des solutions contraires.

Les alinéas 3 et 5 de l'article 238 paraissent s'exclure : il est cependant possible de les concilier en appliquant à leur propos ce que nous avons dit plus haut relativement à l'autorité de chose jugée en matière de décisions provisoires.

Un rapport de M. le conseiller Faure-Biguet sur l'affaire qui a fait l'objet de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1892 en a donné l'interprétation définitive : Tout dépend des modifications survenues dans la situation des époux ; si elle est restée identique, le tribunal, n'étant pas juge d'appel des ordonnances de son président ne peut statuer sur les mesures prises pour les réformer en quoi que ce soit, la Cour a seule ce pouvoir ; mais si au contraire des circonstances nouvelles nécessitent des mesures différentes, le tribunal étant la juridiction saisie, a toute latitude pour prononcer les mesures opportunes (1).

3° A propos du pourvoi en cassation l'article 248-6° du Code civil contient une dérogation importante au droit commun en disposant que « le pourvoi est suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps ».

Cette exception se conçoit fort bien dans ces deux cas où il est indispensable que la situation soit nettement fixée, une fois pour toutes. Mais l'article 248-6° est conçu en des termes si généraux qu'il paraît englober toute décision qui, de près ou de loin, peut avoir un rapport quelconque avec le divorce ou la séparation de corps : ceci n'est pas admissible en ce qui concerne les mesures provisoires et la généralité de l'article 248-6° laisserait à supposer que le législateur a adopté à la légère une formule trop concise, sans penser que la situation très tendue entre les époux obligeait le juge à prendre des mesures immédiates pour protéger le plus grand nombre d'intérêts pos-

1. Aubry et Rau, VII, § 478, p. 325 et note 76.

sible, et dont le qualificatif de provisoires indiquait suffisamment l'urgence.

Nous sommes d'avis que l'application de l'article 248-6° en matière de mesures provisoires est impossible (1) ; sans cela, on aboutirait à des résultats singuliers : d'abord une mesure quelconque prise pendant l'instance, qui serait frappée d'appel et de pourvoi, arrêterait toute la procédure ; excellent moyen dilatoire mis à la disposition de l'adversaire ! d'autre part quelle serait l'efficacité d'une mesure provisoire dont l'exécution serait suspendue par un tel délai ? On voudrait la rendre inopérante qu'on ne pourrait trouver mieux.

Pour soustraire ces mesures à l'effet suspensif de l'appel, on a dit (2) que les arrêts rendus en cette matière, notamment à propos de la pension alimentaire, ne sont pas des arrêts rendus en matière de divorce ou de séparation de corps ; ils n'ont en effet aucune influence sur la solution de l'action principale et on peut dire qu'ils échappent par leur caractère même à l'application de ces articles.

L'arrêt de la Chambre des requêtes du 13 décembre 1899 déjà cité, refuse d'appliquer l'article 248-6° aux décisions provisoires : il a confirmé un arrêt de la Cour de Paris qui avait déclaré exécutoire par provision la décision ordonnant une pension alimentaire. Nous avons vu plus haut, en examinant la question de l'exécution provisoire par quels motifs excellents la Cour suprême a justifié son avis, que nous partageons sans réserve.

Quelques mois plus tard, la Cour de cassation confirmait (3) un arrêt de la Cour d'Angers du 5 décembre 1898 ordonnant en matière de pension alimentaire l'exécution provisoire nonobstant le pourvoi, en décidant que le moyen invoqué par le pourvoi était insuffisant, puisque le demandeur n'avait en fait aucun intérêt à ce que le pourvoi soit suspensif de l'exécution de l'arrêt ; dans ce cas, l'ordonnance dont était appel conservait tout son pouvoir,

1. *Contrà*, Planiol, I, n° 1219.

2. Carpentier, *Div. et sép. de corps*, n° 3099.

3. Cass., 25 juillet 1900. S. 01. 1.325.

et comme l'arrêt d'appel l'avait confirmée, peu importait que le pourvoi fût ou non suspensif, les mêmes mesures devant s'appliquer dans les deux cas, soit par l'application de l'ordonnance, soit par celle de l'arrêt d'appel. La situation de l'appelant était donc identique et sa demande n'était justifiée par aucun intérêt. La Cour de cassation a rejeté son pourvoi en s'appuyant uniquement sur l'absence d'intérêt sans avoir eu besoin de répéter les motifs de son arrêt du 13 décembre 1899, qui est décisif sur ce point (1).

SECTION IV

L'obligation imposée à la femme par l'article 241 du Code civil

L'article 241 impose à la femme l'obligation de « justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise ; à défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire et, si la femme est demanderesse en divorce la faire déclarer non-recevable à continuer ses poursuites ».

La loi paraît bien ne faire reposer la charge de la preuve que sur la femme, mais en fait c'est le mari qui apporte au juge la preuve de l'abandon par la femme de la résidence qui lui avait été assignée ; nous ne pensons pas que l'article 241, dérogeant à l'article 1315, dispense le mari tenu de verser à sa femme la provision alimentaire, d'exécuter son obligation sous prétexte que la femme ne justifie pas de sa résidence ; le texte fondamental de l'article 1315 du Code civil l'oblige à faire la preuve que sa femme n'est pas dans les conditions requises pour toucher la provision alimentaire (2).

1. Dans le même sens : Dijon, 20 avril 1904. D. 07. 2. 222.

2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des personnes*, III, n° 211. En sens contraire : Aubry et Rau, § 478, texte et note 91.

En revanche, la femme doit justifier de sa résidence lorsqu'elle réclame à son mari l'exécution de son obligation.

Le tribunal jouit, à l'égard de la déchéance invoquée en vertu de l'article 241, d'un large pouvoir d'appréciation ; il n'est pas obligé de l'accueillir et il peut toujours rechercher si l'abandon de résidence ne s'explique pas par des motifs légitimes (1).

D'autre part, la femme à qui est opposée la fin de non-recevoir a toujours la facilité de reprendre et de continuer la procédure en réintégrant la résidence qui lui avait été fixée ou même en faisant agréer par le tribunal des circonstances de nature à en légitimer l'abandon (2).

Le texte de l'article 241 ne citant que la provision alimentaire, quelques auteurs refusent de l'étendre à la provision *ad litem*, les déchéances étant considérées comme de droit étroit (3) ; mais la jurisprudence, sans aucune hésitation, est d'un avis tout opposé. Elle assimile au point de vue de l'article 241, les deux provisions, en faisant valoir d'excellentes raisons à l'appui de sa thèse (4) : en premier lieu si le mari peut, en cas d'abandon de résidence, refuser à sa femme les sommes nécessaires pour vivre, à plus forte raison peut-il lui refuser les sommes nécessaires pour plaider ; en second lieu, l'intention du législateur est de permettre au mari, en cas d'abandon par la femme de la résidence qui lui est fixée, de faire refuser à celle-ci toute audience, soit pour demander une « provision », soit pour continuer ses poursuites ; enfin, si la femme est irrecevable à continuer ses poursuites, à *fortiori* est-elle irrecevable à réclamer une provision pour cette fin ?

En outre, la provision *ad litem* peut être considérée comme faisant partie de la provision alimentaire entendue dans son sens large.

1. Paris, 27 février 1868. D. 68.2.53.

2. Orléans, 22 février 1907 ; *Gaz. Palais*, 26 mai 1907.

3. Baudry-Lacantinerie, III, n° 209 ; Carpentier, *Div. et sép. de corps*, n° 1964. *Contrà* : Aubry et Rau, § 478, texte et note 89 ; Huc, II, n° 348.

4. Paris, 2 juillet 1885, *Gaz. Pal.*, 1885. 2.566. Paris, 12 mars 1912. D. 13.2.15.

CHAPITRE II

De la remise à la femme de ses effets personnels

L'autorisation donnée à la femme d'avoir une résidence séparée, entraîne forcément la remise à celle-ci de ses effets personnels : le mari peut y être contraint dès le début de l'instance par l'ordonnance que rend le président au moment où il reçoit la requête de la femme demanderesse.

Cette mesure est la conséquence obligatoire de l'autorisation accordée à la femme d'avoir une résidence distincte ; sinon cette autorisation n'aurait aucune efficacité. Le Code de procédure (art. 878) précise que « les effets à l'usage journalier lui seront remis ». Cette disposition restreint, d'une manière importante, le droit accordé à la femme de demander ses effets personnels ; nous pensons que le juge aura à apprécier ce qui devra lui être remis, et qu'il ne pourrait, sans faire échec à la disposition de l'article 878 du Code de Procédure civile, ordonner que la femme soit mise en possession de ses toilettes de luxe ou de ses bijoux, à moins que les circonstances et la situation des époux ne nécessitent une semblable mesure. Car la femme n'est pas autorisée à vivre momentanément séparée de son mari pour mener une existence trop indépendante, et elle serait exposée à abuser de la liberté qui lui est laissée.

CHAPITRE III

De la provision alimentaire

Nous envisagerons tout d'abord la provision alimentaire au cours de l'instance, pendant la période s'écoulant entre la demande et le jugement définitif : nous l'étudierons dans sa nature juridique, dans sa durée, dans les garanties et les sûretés dont elle est affectée, enfin dans les succédanés qui peuvent lui être substitués lorsqu'elle n'est pas payée à l'époux créancier.

SECTION I

La nature juridique de l'obligation alimentaire entre époux

Le fondement juridique et l'étendue de la provision alimentaire sont déterminés par le double principe suivant :
a) sous le régime de communauté le mari reste pendant l'instance administrateur de la communauté et des biens propres à la femme ; *b)* le lien conjugal n'étant pas rompu, le mari est tenu de pourvoir à la subsistance de sa femme.

La provision alimentaire est fondée sur l'idée de secours que l'article 212 pose, après la fidélité, comme un devoir essentiel des époux l'un envers l'autre. En effet, le mari qui est affranchi du soin de pourvoir aux dépenses de sa femme et à la subsistance de celle-ci depuis qu'elle a été

autorisée à résider séparément, n'est pas délié de l'obligation de lui fournir une prestation pécuniaire suffisante pour qu'elle subviennne à ses besoins, : la provision alimentaire ne pourrait être réclamée par la femme qui continue à cohabiter avec son mari (1).

Il n'est pas question ici d'un dédommagement ni de la réparation d'un préjudice, puisque le préjudice ne peut être à ce moment déterminé par la justice et qu'on ignore lequel des deux époux est responsable de la rupture de la vie commune ; il ne pourrait en être autrement que si le jugement prononçant le divorce accordait à l'époux innocent une pension alimentaire qui aurait pour point de départ le jour de la demande et qui ne prendrait fin qu'à l'issue de la liquidation de la communauté ; dans cette hypothèse, le caractère indivisible de la pension accordée ne peut la faire considérer que comme une indemnité attribuée conformément à l'article 301 du Code civil (2).

Le nom de provision qui qualifie très justement cette prestation d'aliments n'indique pas seulement son caractère temporaire, d'une durée prévue, mais encore son caractère subsidiaire, en ce sens que si la femme, à la liquidation de la communauté, recueille un émolument égal ou supérieur à la provision, elle en doit le rapport.

Cette provision est une avance faite à la femme qui, par suite de la cessation de la vie commune, se trouve sans ressources : elle a pour but de compenser au profit de la femme les avantages pécuniaires dont celle-ci jouissait, avant d'avoir un domicile séparé.

La jurisprudence impose à la femme le rapport de cette provision lorsque, comme nous venons de le dire, la femme trouve dans la liquidation de la communauté un émolument supérieur ou même égal en capital, intérêts ou fruits aux sommes qui lui ont été attribuées à titre provisoire (3) ; certaines décisions cependant ont dispensé la femme du

1. Nancy, 6 juillet 1895. S. 97.2.45.

2. Req., 15 déc. 1909. S. 12.1.313.

3. Req., 22 juillet 1889. S. 93.1.405 ; Bordeaux, 16 avril 1896. D. 99.2. 385.

rapport de la provision alimentaire dans le cas où les revenus de ses reprises seraient inférieurs aux sommes qui lui ont été versées pendant l'instance (1) : il y aura donc simplement lieu à compensation entre les revenus des reprises que le mari avait entre ses mains au cours du procès et la provision qu'il avait été condamné à payer à sa femme.

Ce dernier mode de règlement nous paraît en complète harmonie avec la disposition finale de l'article 252 qui fait remonter la liquidation des droits des époux au jour de la demande en divorce, et par suite empêche un des époux de s'enrichir aux dépens de l'autre dans le cours de l'instance en divorce : il en est de même au cas de séparation de corps, car la séparation de biens, qu'entraîne le jugement prononçant la séparation de corps a un effet rétroactif au jour de la demande de celui d'entre eux qui l'a obtenue (2), dans les rapports des époux comme la séparation de biens demandée principalement (art. 1445). La provision versée à la femme doit s'imputer sur les revenus de ses reprises, et non sur le capital de l'émolument qu'elle doit recueillir ; la jurisprudence récente que nous avons citée, notamment l'arrêt de Cassation du 6 juin 1905, est nettement en ce sens. En effet, les besoins de la femme mariée pendant la durée de l'instance, doivent s'apprécier « par rapport aux facultés du mari et ils « varient suivant la position sociale et les dépenses auxquelles la femme a été habituée par la fortune et l'état « de maison de ce dernier » ; par conséquent le mari doit subvenir à l'entretien de sa femme dans les mêmes conditions que si la vie commune continuait et il serait inadmissible de prélever sur le capital, peut-être modeste, que la femme recueillera à la dissolution de la communauté, les sommes qu'elle a perçues pendant l'instance et qui absorberont peut-être le capital entier. Aussi l'arrêt précité n'accorde-t-il au mari que le droit de retenir, pour compensation des charges auxquelles il était soumis, les

1. Cass., 7 janvier 1890. S. 93. 1. 405; Cass., 6 juin 1905. S. 1906. 1. 87.

2. Paris, 12 juillet 1892. S. 94. 2. 10. D. 93. 2. 509.

revenus par lui perçus des biens de sa femme pendant la durée de l'instance. La compensation est d'autant plus justifiée que, si, d'une part, le mari est tenu de fournir à sa femme une provision alimentaire, il doit, d'autre part, rendre compte à celle-ci des revenus de ses biens propres perçus par lui au cours de l'instance.

Grâce à cette jurisprudence, la femme peut donc continuer pendant l'instance, à tenir le rang qu'elle occupait pendant la vie commune, sans craindre de voir ses biens diminués par le prélèvement fait après coup des sommes qui lui ont été versées pendant l'instance.

SECTION II

Sa quotité

Nous avons vu que les besoins de la femme doivent être appréciés, d'après l'article 208 du Code civil et l'arrêt du 6 juin 1905 qui en fait une si exacte application, par rapport aux facultés du mari et qu'ils varient suivant les dépenses auxquelles la femme a été habituée par la fortune de ce dernier.

Le montant de la provision alimentaire sera donc facile à fixer si les besoins de la femme sont eux-mêmes exactement déterminés.

La condition de résider séparément est nécessaire pour que la femme puisse réclamer une provision alimentaire de son mari (1) : car la question du versement d'une pension alimentaire ne peut se poser au cours de la vie commune. Il a été jugé que, en dehors d'une demande en divorce ou en séparation de corps, la femme ne peut demander une pension alimentaire, et que ce serait faire échec aux droits et pouvoirs du mari que de le contraindre à en verser une à sa femme au cours du mariage (2). Mais au cours d'une

1. Aubry et Rau, VII, § 478, p. 326.

2. Nancy, 6 juillet 1895. S. 97. 2. 45.

instance en divorce ou en séparation de corps, comme il suffit à la femme de demander l'autorisation de résider séparément pour l'obtenir, elle a toutes les facilités pour quitter légalement le domicile conjugal, et pour supprimer ainsi la fin de non-recevoir qu'on lui opposerait.

La quotité de la provision alimentaire est par sa définition même (art. 208) essentiellement variable et l'époux créancier peut, en prouvant l'augmentation de ses besoins, en faire modifier le montant.

La loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage, nous fournit un exemple où l'un des époux peut réclamer à son conjoint sa contribution aux charges du ménage, s'il n'y subvient spontanément, par le moyen d'une saisie-arrêt sur ses salaires, qu'il exercera après s'y être fait autoriser par le juge de paix. La loi est bien loin d'exiger la séparation de domicile puisque la voie d'exécution employée servira à compléter les ressources de l'époux demandeur pour subvenir aux dépenses du ménage. Dans cette hypothèse, la règle est donc renversée et c'est bien plutôt la vie commune qu'exige l'article 7 de cette loi pour le fonctionnement de la saisie-arrêt qu'il institue. Il s'agit ici d'une contribution aux charges du ménage, qui, à la différence de la provision alimentaire, profite partiellement à l'époux débiteur ; mais pour l'excédent dont jouira l'époux créancier, nous ne pouvons lui donner un autre nom que celui de pension alimentaire. Cette disposition récente contient donc l'institution d'une contribution forcée pour subvenir aux dépenses du ménage, mais dont l'application est restreinte aux salaires ou au produit du travail des conjoints.

Relativement à la quotité de la provision alimentaire, on peut se demander, en supposant des époux mariés sous le régime de la séparation de biens, si le juge pourrait, au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, modifier le *quantum* fixé par le contrat de mariage des époux. En d'autres termes, un des époux pourrait-il se voir obligé de fournir à son conjoint une somme excé-

dant sa contribution normale aux dépenses du ménage?

L'affirmative ne fait aucun doute : si on objecte qu'il y aurait violation d'une clause du contrat de mariage, on peut répondre que, lorsque le contrat de mariage a été rédigé, il n'entraînait pas dans les prévisions des époux qu'une demande en divorce ou en séparation de corps pût survenir.

Le contrat ne s'appliquera pas à ce point de vue dans la situation nouvelle où se trouvent les époux et le juge aura toute latitude pour ordonner telle provision alimentaire qu'il jugera convenable eu égard aux circonstances : un arrêt de la Chambre des Requêtes accordant aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation pour fixer la pension alimentaire due à la femme séparée de corps par son mari sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la limitation imposée par l'article 301 (1), peut s'appliquer, dans son esprit, au point que nous étudions, la pension dont il parle étant attribuée à titre de secours ; et on peut, croyons-nous, raisonner de la même manière pour permettre au juge de modifier dans la proportion qu'il jugera convenable la contribution ménagère fixée par le contrat de mariage, et d'appliquer à l'espèce qui lui est soumise l'article 212 du Code civil (2).

SECTION III

A. — Son point de départ.

L'obligation alimentaire naît en même temps que le besoin auquel elle est appelée à pourvoir, quelle qu'ait été la date de l'exploit introductif d'instance : elle est donc due à partir du moment où le besoin existe et non à partir seulement de la demande en justice (3).

Tel est le principe en matière d'obligations alimentaires.

1. Req., 2 juillet 1919, S. 20. I. 75.

2. Aubry et Rau, VIII, § 532-1°, p. 410-411.

3. Gand, 25 juillet 1901, *Pasicrisie*, 1902. 2. 56.

Dans le cas qui nous occupe, le besoin d'aliments prenant naissance du jour où les époux habitent des domiciles séparés, la provision alimentaire devrait pouvoir être demandée dans la requête initiale de l'article 234, puisque le président, dans l'ordonnance qu'il rend en vertu de l'article 236, peut statuer sur la résidence de l'époux demandeur, sur la garde des enfants et sur la remise des effets personnels (les mots « à nouveau » de l'article 238-2° lui accordant expressément une telle compétence). Or le besoin d'aliments commence pour la femme dès ce moment, et nous pensons que le président du tribunal est compétent pour ordonner une provision alimentaire (1) qui pourrait, le cas échéant, être modifiée par l'ordonnance de non-conciliation.

La provision alimentaire, même lorsqu'elle est ordonnée postérieurement à la demande, peut recevoir comme point de départ le jour de la demande ; le principe que nous avons cité s'applique donc ici encore, bien qu'il paraisse assez singulier qu'une somme d'argent, considérée comme indispensable à l'entretien de la femme et non réclamée plus tôt par celle-ci, lui soit attribuée rétroactivement à partir du jour où ses besoins sont censés avoir pris naissance.

Cela peut s'expliquer dans une certaine mesure par la nécessité pour la femme de rembourser des dettes qu'elle aurait contractées depuis le jour de la demande en divorce, dans le but de subvenir à son entretien ; d'autre part, « la loi ne limite pas dans le temps l'exercice du droit « qui peut appartenir au conjoint ou à l'ex-conjoint de « réclamer à l'autre époux, en cas de divorce, les secours « alimentaires prévus par la loi » (2). Un jugement prononçant le divorce peut fort bien accorder à la femme une pension alimentaire en lui donnant pour point de départ le jour de la demande, lorsque la femme n'en a point demandé pendant l'instance (3) ; « et on pourrait invoquer

1. *Contrà* : Aubry et Rau, VII, § 478, p. 326, texte et note 83.

2. Note de M. Gaudemet sous Req. 15 déc. 1909, S. 12. 1. 313.

3. Req. 15 déc. 1909, S. 12. 1. 313.

« ici, au moins par analogie, l'arrêt du 10 mars 1891
« (S. 91. 1. 148) par lequel la Cour de cassation a jugé
« que le conjoint peut obtenir la pension de l'article 301,
« non seulement par le jugement de divorce, mais même
« après que la dissolution du mariage est devenue défi-
« nitive. » (1).

Il nous semble téméraire d'assimiler le cas où la pension alimentaire fondée sur l'article 301 est demandée postérieurement au jugement de divorce et accordée par un second jugement statuant spécialement à cet effet, avec la pension-secours prévue pour être allouée au cours de l'instance et fondée sur l'article 212, bien que le jugement qui prononce la séparation de corps puisse, selon les circonstances, fonder la pension qu'il accorde, tantôt sur l'article 212, tantôt sur l'article 301 (2).

Ces deux pensions sont fort différentes et ne sont pas soumises aux mêmes conditions, car la pension ordonnée en vertu de l'article 301 ne peut excéder le tiers des revenus de celui qui la doit et d'autre part elle subsiste à la charge des héritiers de l'époux débiteur (3); elle est la réparation d'un préjudice, tandis que la pension fondée sur l'article 212 est l'application du devoir de secours qui doit subsister aussi longtemps que le mariage, mais jamais au delà. La survivance du devoir de secours à la dissolution du mariage a cependant été admise par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 16 mars 1909 (S. 09. 2. 239) qui considère que la pension alimentaire ne représente pas
« des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice
« occasionné par le divorce qui prive (la femme) du droit
« à l'assistance ; que cette pension n'est que l'application
« de la dette alimentaire que le mariage crée entre les
« époux et qui survit à la dissolution du mariage par un
« effet spécial de la loi »...

Cette interprétation du devoir de secours est fort peu répandue dans la doctrine : cependant Laurent (4) déve-

1. Note de M. Gaudemet sous l'arrêt précité.

2. Req. 3 janv. 1893, S. 93. 1. 225.

3. Lyon, 4 juin 1892, S. 93. 2. 60.

4. *Principes de Droit civil*, III, n° 311.

loppe avec abondance l'impossibilité qu'il voit à considérer la pension alimentaire prononcée par un jugement de divorce comme la réparation d'un préjudice, alors que cette pension conserve les caractères généraux de toutes les obligations d'aliments qui sont calculées, d'après les besoins du créancier et d'après les facultés du débiteur, et constamment modifiables. Les raisons données par Laurent sont excellentes et elles ont un très grand poids, mais il est cependant bien difficile d'admettre que, par une grâce spéciale, le devoir de secours entre époux puisse avoir une raison d'être après la dissolution du mariage, alors, par exemple, que chacun des époux sera engagé dans les liens d'une nouvelle union.

Le caractère alimentaire de cette pension est indéniable ; l'article 301 le lui reconnaît en termes formels et prévoit même qu'elle pourra être révoquée « dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire ». C'est, à la vérité, une singulière façon de faire payer des dommages-intérêts que de les calculer d'après la fortune du débiteur et de les supprimer si le créancier est à l'abri du besoin !

Il est à remarquer que la loi du 9 mars 1891, modifiant l'article 205 du Code civil, enferme dans le court délai d'un an à compter du décès, le droit pour le conjoint survivant non divorcé de réclamer une pension alimentaire à la succession de l'époux prédécédé. Ce délai est prolongé jusqu'à l'achèvement du partage.

La loi avait, au cas de décès, de bonnes raisons pour empêcher le conjoint survivant de réclamer indéfiniment des aliments à la succession ; en matière de divorce ou de séparation de corps, aucune disposition analogue n'existe, et l'arrêt précité de la Cour de cassation du 15 décembre 1909 a pu décider que la pension-indemnité pouvait être due à partir du jour de la demande sans qu'on puisse opposer à la femme une forclusion par suite de retard, et que le jugement définitif de divorce pourrait prononcer une telle rétroactivité, puisque c'est du jour de la demande que la vie commune a été rendue impossible par la faute de l'époux coupable.

B. — Son terme

La provision alimentaire devrait normalement cesser d'être due le jour où le jugement statuant sur le fond est devenu définitif ; le mariage étant dissous par le divorce il ne devrait plus être question d'obligation alimentaire, le mari cessant comme époux d'être astreint à cette obligation. Mais le mari continue à en être tenu comme détenteur des biens communs jusqu'à la liquidation de la communauté.

C'est ce qu'exprime dans ses motifs avec la plus grande clarté un arrêt de la Cour d'Orléans du 25 novembre 1898 (sous Req., 15 décembre 1909. S. 12. 1. 313) statuant en matière de séparation de corps : « Considérant que la provision alimentaire est accordée à la femme pour lui permettre de subvenir à ses besoins pendant le temps où le mari restera détenteur de ses biens et revenus ; que lorsqu'elle est accordée pour la durée de l'instance, on doit entendre qu'elle devra être payée jusqu'au moment où, la liquidation étant terminée, la femme rentrée en possession de ses biens et revenus sera dans la possibilité de pourvoir elle-même à ses dépenses »... (1).

Fournie jusqu'à l'issue de la liquidation, la provision alimentaire permet à la femme d'attendre ce moment en toute tranquillité. Cette prolongation de la provision alimentaire est indispensable ; sinon la femme serait privée de ressources du jour au lendemain et ce serait d'autant plus injuste qu'elle aurait comme adversaire son ancien mari qui ne ferait rien pour hâter les opérations de la liquidation et du partage.

1. Dans le même sens : Req., 13 déc. 1899. S. 00. 1. 353.

SECTION IV

Les modes de recouvrement

Si le conjoint condamné à payer la provision alimentaire ne montre pas pour acquitter son obligation toute la bonne volonté requise, comment le créancier obtiendra-t-il le versement de la provision allouée par la justice ? Cette provision fixée d'ordinaire après un débat entre les époux, a été évaluée avec toute la précision désirable, et le débiteur doit s'exécuter.

Le créancier peut employer plusieurs moyens de coercition : les voies d'exécution de droit commun sont à sa disposition, mais la saisie-arrêt présente sur celles-ci de très grands avantages, car elle peut non seulement être pratiquée sur un capital qui est dû à l'époux débiteur de la provision, mais sur les revenus, sur ses appointements par exemple. Il est logique pour assurer le paiement des termes de la pension de frapper d'indisponibilité les créances successives dont le débiteur peut être titulaire. La saisie-arrêt pour aliments peut porter même sur les pensions militaires jusqu'à concurrence du tiers de cette pension (art. 28 § 2 de la loi du 11 avril 1831) (1) ; on voit à quel point le législateur s'est préoccupé de permettre une saisie-arrêt pour cause d'aliments même sur les pensions de retraite qui sont protégées contre les saisies-arrêts de droit commun.

L'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 permet à l'un des époux de saisir-arrêter les salaires de l'autre, quand celui-ci ne contribue pas aux charges du ménage, avec l'autorisation du juge de paix du domicile du mari. Cette saisie-arrêt toute spéciale peut s'appliquer au cours d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, mais avec la

1. Civ., 9 janvier 1917. S. 20. 1. 169.

réserve que le président du tribunal doit l'emporter sur le juge de paix pour la fixation du montant de la provision alimentaire, à moins que le juge de paix ait statué antérieurement au président. Si le président a statué avant le juge de paix, celui-ci ne peut plus autoriser la saisie-arrêt que jusqu'à concurrence de la somme fixée par le président (1).

La saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 (art. 7, 8 et 9) est d'une efficacité bien supérieure à la saisie-arrêt de droit commun, « car la signification du jugement faite au « conjoint et aux tiers débiteurs à la requête de l'époux « qui en bénéficie, lui vaut attribution des sommes dont la « saisie a été autorisée, sans autre procédure » (art. 9).

En conséquence, toute saisie-arrêt antérieure, à moins qu'elle ne soit déjà validée, doit céder le pas à la saisie-arrêt de la loi de 1907 exercée ultérieurement, et l'attribution des sommes saisies-arrêtées au demandeur lui est faite par préférence à tous autres créanciers, même privilégiés. La faveur ainsi accordée à cette saisie-arrêt est fondée sur « l'affectation des sommes qu'elle frappe et cela suffit pour « que le conjoint qui l'a pratiquée échappe au concours « des autres créanciers, même saisissants, du conjoint saisi » (2).

D'ailleurs l'expression de l'article 9 : « La signification du « jugement vaut attribution des sommes saisies-arrêtées » n'a rien de commun avec celle de l'article 579 du Code de procédure civile qui dispose qu'en matière de saisie-arrêt de droit commun, le jugement de validité n'aboutit qu'à la distribution du prix de vente par contribution.

Cette saisie-arrêt est donc très avantageuse pour l'époux créancier puisqu'elle lui confère une sorte de droit de préférence sur les sommes saisies-arrêtées, mais elle ne peut s'appliquer que sur les salaires ou sur le produit du travail de l'époux débiteur, ce qui en limite beaucoup la portée.

Dès que l'instance en divorce ou en séparation de corps

1. Aubry et Rau, VII, § 478, p. 327 α et 328 β.

2. Aubry et Rau, VII, § 470 *bis*, note 13, p. 205

est commencée, le président du tribunal, à qui a été confiée la mission de conciliation appartenant d'ordinaire au juge de paix (ce qui permet de supposer que l'intention du législateur a dû être de conférer au président d'abord, et au tribunal ensuite, le pouvoir de prescrire la provision alimentaire, à l'exclusion du juge de paix), peut seul statuer sur les aliments et fixer la provision qui doit être versée; « le juge de paix ne peut plus remplir la première mission que lui attribue la loi de 1907, mais aucun texte, ni aucun principe ne l'empêchent de remplir la seconde mission dont l'investit cette même loi : autoriser une saisie-arrêt sur les salaires par un jugement qui, signifié au tiers saisi, vaudra sans autre procédure attribution au saisissant des sommes dont la saisie a été permise » (1).

Il a été cependant jugé (2) que le juge de paix avait, concurremment avec le président du tribunal, le pouvoir de fixer la provision alimentaire que réclamait une femme en instance de divorce, et que celle-ci avait le choix entre les deux juridictions et pouvait notamment se pourvoir devant le juge de paix à l'effet de se faire autoriser à saisir-arrêter les produits du travail de son mari et de se les faire attribuer dans la mesure fixée par le jugement d'autorisation. Le même jugement, en reconnaissant à la femme le droit de renoncer au bénéfice d'un jugement du tribunal civil qui lui accordait une pension alimentaire, et à réclamer l'application à son profit de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907, décide toutefois que la portion du salaire que la femme peut être autorisée à saisir-arrêter en vertu d'une décision du juge de paix rendue conformément à l'article 7 de la loi de 1907, ne doit pas dépasser le chiffre de sa pension obtenue en conformité de l'article 238. On peut dès lors se demander quel intérêt pouvait porter la femme à renoncer au bénéfice d'un jugement qui lui accordait une pension que le juge de paix ne pouvait pas augmenter !

En résumé, le juge de paix ne peut servir au cours d'une

1. M. Lalou, note sous Trib. de paix de Saint-Nazaire, 26 juillet 1909. D. 10.2.9.

2. Trib. de paix de Saint-Nazaire, *suprà*.

instance en divorce ou en séparation de corps que d'agent d'exécution de la décision du président ou du tribunal ordonnant une provision alimentaire et seulement dans les limites de l'article 7 de la loi de 1907, c'est-à-dire sur les salaires ou le produit du travail du conjoint : à notre avis, cet article ne permet la fixation du montant de la pension par le juge de paix, que dans les cas où, en dehors de toute demande en divorce ou en séparation de corps, un des époux refuse de contribuer aux dépenses du ménage en conservant par devers lui les produits de son travail.

Il n'en reste pas moins vrai qu'une telle procédure, même limitée de cette manière, reste précieuse pour l'époux créancier, par le droit de préférence qu'elle lui donne sur les sommes faisant l'objet de la saisie-arrêt (1).

En règle générale, il appartient au juge d'ordonner, dans l'espèce qui lui est soumise, les mesures les plus efficaces pour que le créancier de la pension alimentaire reçoive satisfaction dans les meilleures conditions possibles, mais le débiteur ne pourrait être astreint à opérer le dépôt d'un capital garantissant le paiement de la pension que « dans le cas où les circonstances indiqueraient « de la part du débiteur, l'intention frauduleuse de se « soustraire au paiement de la pension alimentaire » (2).

SECTION V

L'hypothèque légale de la femme en tant que sûreté de la provision alimentaire.

La décision ordonnant la provision alimentaire emportera hypothèque judiciaire sur les immeubles du débiteur

1. Aubry et Rau, VII, § 470 *bis*, note 13, p. 206.

2. Aubry et Rau, IX, § 553, note 35. Dans le même sens : Demolombe, *Tr. du mar. et de la sép. de corps*, II, n° 68 et 69. *Contrà* : Huc, *Dr. civ.*, II, p. 238, n° 219. Cf. Req., 2 décembre 1895. D. 96. 1. 198. S. 96. 1.321.

(art. 2123) ; si cette sûreté peut être employée avant la liquidation de la communauté, elle présentera cependant pour la femme le grand inconvénient de ne prendre rang que du jour de son inscription. Si le mari créancier ne peut disposer d'une autre sûreté que celle-ci, la femme créancière, en revanche, ne pourrait-elle pas, vis-à-vis de son mari, se prévaloir de son hypothèque légale ? Elle y trouverait un très grand avantage, puisque son hypothèque légale prend rang du jour de la célébration du mariage pour toutes les créances que la femme peut faire valoir contre son mari, à l'exception de celles qui font l'objet des second et troisième paragraphes du deuxième alinéa de l'article 2135.

Malgré la disposition de l'article 2121 dont la généralité des termes devrait faire lever tous les doutes sur ce point, cependant la question de l'application de l'hypothèque légale à la pension alimentaire est très controversée en doctrine ; dans le sens opposé à cette application on a fait valoir trois arguments :

a) Le caractère des créances à hypothèque légale énumérées par l'article 2135 est qu'elles ont trait à la conservation et à la restitution du patrimoine de la femme dont le mari a eu la jouissance et la disposition ; c'est donc uniquement aux créances de cette nature que l'hypothèque doit être réservée, c'est-à-dire lorsque l'administration malhabile du mari peut compromettre la fortune de la femme. On assimile l'hypothèque légale de la femme avec celles des mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs, et de l'Etat sur les biens des comptables, les tuteurs et les comptables n'étant soumis aux hypothèques légales de l'article 2121 que pour les créances nées de leurs malversations ou de leur mauvaise administration. « En un mot, le mari, comme le tuteur, comme le comptable, est soumis à l'hypothèque légale pour les actes provenant non pas de sa qualité de mari, mais de ses fonctions de mari (1).

1. Wahl, note sous Dijon, 16 juin 1893. S. 95. 2. 25. En ce sens : Besançon, 21 décembre 1894. S. 95. 2. 28 ; Caen, 21 août 1883. S. 84. 2. 30.

Les situations respectives de la femme mariée vis-à-vis de son mari, du mineur ou de l'interdit vis-à-vis de son tuteur empêchent toute assimilation entre elles, au point de vue de l'étendue de la garantie que doit procurer à ces incapables l'hypothèque légale qui leur est conférée par l'article 2121 ; de ce qu'une même sûreté garantit deux situations qui n'ont aucun rapport entre elles, c'est vraiment aller trop loin que de vouloir considérer sous le même angle les rapports juridiques engendrés par le mariage et par la tutelle, pour dire que, dans un cas comme dans l'autre, l'hypothèque légale a la même destination et une égale étendue. Le mari est bien plus qu'un administrateur de la communauté, il en est le maître ; aucune surveillance n'est exercée sur lui, et il n'aura de comptes à rendre qu'à sa femme ; la liberté entière dont il dispose doit entraîner au profit de celle-ci un ensemble de garanties dont l'ampleur et l'efficacité peuvent, le cas échéant, contrebalancer le mauvais usage que le mari ferait de son omnipotence.

C'est pourquoi nous estimons pour le moins fort imprudente, l'égalité de traitement qu'on propose entre le mari et le tuteur, quant à l'étendue de l'hypothèque légale dont ils sont respectivement grevés.

Une loi qui ne donnerait pas à la femme une garantie de tout repos contre son mari et protégeant ses créances, de quelque nature qu'elles soient, contre lui, serait d'une coupable inconséquence. Mais l'article 2121 s'exprime sur ce point sans faire la moindre réserve : « et comme « cet article s'exprime de la manière la plus générale, « que l'hypothèque est attribuée aux droits et créances « de la femme, il s'ensuit qu'en thèse générale, toutes les « créances que la femme, en sa qualité d'épouse (donc, contrairement à l'opinion de M. Wahl, pour les dettes contractées par le mari, *en sa qualité de mari*) peut « avoir sur son mari, sont garanties par l'hypothèque « légale, quels que soient le titre, la cause, l'origine de ces « créances et soit qu'elles rentrent, soit qu'elles ne rentrent

« pas dans l'énumération de l'article 2135 » (1). Notamment « le droit à la pension alimentaire prend naissance dans le fait même du mariage et à ce titre il doit être garanti par l'hypothèque légale comme toutes les obligations pécuniaires qui naissent du mariage au profit de la femme contre le mari » (2).

b) On a dit aussi qu'il serait incompréhensible que, le droit à pension alimentaire existant aussi au profit du mari, la créance de la femme soit protégée par une garantie qui manquerait au mari.

Cette objection est absolument injustifiée car il y a de nombreuses situations dans lesquelles les avantages peuvent être réciproques entre les époux et où tout le monde s'accorde à reconnaître à la femme la faveur de son hypothèque légale et où le mari doit se contenter de sûretés moins complètes : notamment quand les libéralités faites dans un contrat de mariage sont réciproquement stipulées au profit du survivant des époux ou subordonnées à une condition de survie, le droit de la femme, si elle est créancière, sera, à n'en pas douter, garanti par l'hypothèque légale tandis que cette sûreté sera refusée au mari.

« Cette différence de traitement entre les époux est rationnelle, car le mari possède le plus souvent les moyens d'assurer la conservation du patrimoine sur lequel il poursuivra le montant de sa créance » (3) et la décision lui accordant une pension alimentaire emportera à son profit hypothèque judiciaire (4) ; c'est une garantie suffisante, car si le mari peut contracter seul et se créer des créanciers, la femme n'aurait pas la capacité, même au cours de l'instance, de s'obliger seule sans l'assistance de son mari ou l'autorisation de justice et par suite de conférer une hypothèque au préjudice de son mari, devenu son créancier.

1. Pont, *Traité des priv. et hyp.*, I, n° 434. Dans le même sens : Aubry et Rau, III, § 264 *quater*, p. 370.

2. Guillouard, *Tr. des priv. et hyp.*, II, n° 774 ; Laurent, XXX, n° 346, p. 308. Cf. Cass. 25 février 1891. D. 91. 1. 201. S. 91. 1. 157 ; Bordeaux 22 mars 1889. D. 90. 2. 53 (motifs) ; Bordeaux, 24 décembre 1912. D. 13. 2. 150.

3. De Loyne, note sous Dijon, 16 juin 1893. D. 94. 2. 25.

4. Cf. Planiol, II, n° 2860-2° et l'art. 2123.

c) On a prétendu en dernier lieu que la loi du 10 juillet 1850, en ordonnant que le contrat de mariage des époux soit porté à la connaissance des tiers, avait voulu protéger ceux-ci contre une extension exagérée de l'hypothèque légale de la femme et qu'une telle précaution serait inutile si, au moment de la séparation de corps ou de divorce, la femme pouvait prélever sur le gage des créanciers le capital suffisant pour assurer le service de la pension à laquelle le mari aura été condamné.

La réponse à cette objection est très facile à fournir : les tiers qui contractent avec le mari s'obligent à son égard en pleine connaissance de cause, et ne sont pas sans savoir que la femme de leur débiteur possède sur les biens de celui-ci une sûreté préférable à la leur ; il leur appartient de prendre les précautions nécessaires, notamment d'exiger de la femme une renonciation à son hypothèque légale ou une cession de rang à leur profit grâce à laquelle leurs droits pourront être exercés dans d'excellentes conditions.

La disposition de l'article 2121 suffirait à elle seule à ruiner les objections qui viennent d'être présentées, car l'esprit et la lettre du code s'accordent à n'exiger, pour que la femme puisse invoquer son hypothèque légale, qu'une condition à la fois nécessaire et suffisante : *que la créance soit une créance de femme mariée* (1). Cette sûreté est l'unique sauvegarde de la femme qui, au cours du mariage, se trouve dans l'impossibilité morale d'exiger des garanties de la part de son mari : elle est l'indispensable « contrepoids balançant les effets de la puissance « dont le mari est revêtu » (2).

Maintenant que nous pensons avoir établi d'une façon indiscutable et sans avoir besoin de soumettre le texte de l'article 2135 à une analyse stérile en la circonstance (en présence des termes de l'article 2121), le droit pour la femme de se prévaloir de son hypothèque légale à propos

1. Cf. Planiol, II, n° 2819.

2. Tribunal de Nontron, 20 décembre 1888. S. 90.2.52.

de la provision alimentaire ordonnée à son profit, nous devons encore nous demander quel sera le rang de l'hypothèque légale dont cette créance est affectée.

En principe l'hypothèque légale de la femme mariée prend rang à dater du jour du mariage (la jurisprudence (1) et la doctrine (2) sont d'accord sur ce point) à moins qu'il ne soit dérogé à cette règle par une disposition formelle de la loi; l'article 2135, pour certaines catégories de créances, donne à l'hypothèque légale qui les garantit un point de départ différent. Cette disposition doit être regardée comme une exception à la règle précitée; en conséquence, toutes les autres créances sont garanties par une hypothèque qui prend rang à dater du jour du mariage. L'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 1895 précité en décide ainsi pour la pension alimentaire et même pour la provision *ad litem*; ces frais sont la conséquence d'une obligation dérivant du mariage fondée sur une faute du mari.

On ne saurait assigner à l'hypothèque légale qui garantit l'exécution d'une obligation résultant directement du mariage, d'autre point de départ que celui du jour de la célébration.

Un arrêt de la Cour de Nancy du 3 juin 1882 rapproche les droits nés du contrat passé devant l'officier de l'état civil des droits nés du contrat passé devant le notaire et dit qu'il est juste que ces deux catégories de droits contemporains soient garanties avec la même efficacité, et que la date de l'hypothèque soit la même pour la pension alimentaire que pour la dot et les autres conventions matrimoniales.

M. Pont (3) arrive à la même conclusion, étant d'avis que le rang de l'hypothèque est déterminé par la date à laquelle a pris naissance la créance de la femme, et où a commencé la responsabilité du mari.

1. Nancy, 3 juin 1882. S. 82.2.248; Cass., 25 juin 1895. S. 95.1 348.

2. Planiol, II, n° 2818; Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, III, n° 1341. Cf. Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, notes 8 *bis* et 79 *quater*.

3. *Priv. et hyp.*, II, n°s 751 et s.

Nous concluons avec M. de Loynes (*loc. cit.*) que la pension alimentaire accordée par un jugement de séparation de corps (cette solution peut s'étendre sans aucun doute à la provision alimentaire ordonnée en cours d'instance) doit être considérée comme une créance qui est la conséquence d'une obligation antérieure et non la suite du jugement de séparation de corps qui n'est pas attributif d'un droit nouveau, mais déclaratif d'un droit pré-existant (1).

SECTION VI

Les succédanés de la provision alimentaire

Nous les diviserons en deux catégories :

I. — La femme, créancière d'aliments, pourra contraindre son mari à s'exécuter en employant les moyens de recouvrement que la loi met à sa disposition et que nous avons étudiés dans la section IV. Mais elle hésitera peut-être à se servir d'une mesure aussi directe, se contentant de solliciter du juge la permission de toucher l'équivalent de sa créance d'aliments en recourant à des moyens détournés.

Plusieurs séries de mesures sont à la disposition du juge :

1^o Il peut, d'une part, confier à un tiers séquestre la perception des revenus des meubles et immeubles propres à la femme (2) et même la gestion des biens propres de la femme (3), à charge de verser à la femme les sommes allouées à titre de provisions alimentaire et *ad litem* et d'en remettre le reliquat au mari (4) ; il a même été jugé que la femme peut être autorisée à toucher sur ses simples quittances les revenus de ses immeubles (5), ou de sa dot.

1. *Contra* : Wahl, note précitée.

2. Bordeaux, 11 janv. 1893. D. 93.2.518.

3. Paris, 8 mars 1901. S. 02.2.231.

4. Seine, 14 février 98. *Gaz. Trib.*, 11-12 juillet 1898.

5. Req. 14 décembre 1908. D. 09.1.100.

Qu'un tiers soit substitué au mari dans l'administration de la communauté pour percevoir les revenus des biens propres à la femme et en faire la répartition entre la femme qui recevra la provision alimentaire et le mari qui touchera le reliquat, c'est, on le conçoit, une mesure fort grave ; mais que la femme soit autorisée à toucher sur des quittances, signées d'elle seule, ses propres revenus, n'est-ce pas une immixtion condamnée par les principes de notre droit matrimonial ? Un récent arrêt rendu en cette matière (1) sur appel d'une ordonnance de non-conciliation s'exprime de la façon suivante : « Considérant « que *c'est à tort que le premier juge*, alors que cette « communauté durait encore, a autorisé l'intimée à tou- « cher directement les revenus de ses biens propres, sans « spécifier que c'était à titre de pension alimentaire ; qu'en « décidant ainsi, il portait atteinte aux pouvoirs d'admi- « nistration du mari résultant de la loi et méconnaissant « en même temps les stipulations du contrat de mariage « d'après lequel les revenus des biens propres des époux « tombaient dans la communauté dont le mari avait l'ad- « ministration ainsi que celle des biens propres de la « femme ». Le principe en vertu duquel le mari est seigneur et maître de la communauté et ne peut être dépouillé de ses pouvoirs se trouve fortement ébranlé dans la circonstance et très justement d'ailleurs, car le mari ne peut impunément se dérober au paiement d'une dette aussi importante que celle-là.

2° La femme peut être autorisée à administrer un immeuble qui lui est propre, à le louer, et à en toucher les loyers sur sa simple quittance (2), à reprendre la gestion d'un fonds de commerce apporté par elle en mariage (3), à administrer seule un hôtel meublé établi dans un immeuble dépendant de la communauté (4). La femme reçoit donc le pouvoir d'engager dans une certaine mesure

1. Paris, 21 février 1919. D. 20.2.74.

2. Bordeaux, 4 février 1897. S. 99.2.134.

3. Bordeaux, 27 mai 1872. D. 73.2.84.

4. Poitiers, 25 février 1878. D. 79.2.68.

les biens de la communauté ; mais on peut remarquer qu'elle ne reçoit dans la plupart des décisions signalées que l'autorisation d'engager des biens lui appartenant en propre, aussi la règle écrite dans l'article 1426 est-elle d'autant plus susceptible de fléchir. Les mesures autorisées par la jurisprudence composent un ensemble extrêmement souple dans lequel le juge peut puiser avec une assez grande latitude suivant les situations qui lui sont soumises ; la jurisprudence a prononcé quelques décisions hardies, mais l'importance de la créance de la femme, à raison de son affectation à la subsistance de celle-ci, justifiait facilement des adaptations de règles cependant rigides à des circonstances déterminées, mais, ne l'oublions pas, *pour la créance d'aliments seule*.

3° La femme peut être autorisée à contracter un emprunt, lorsque son mari ne lui paye ni la provision alimentaire ni la provision *ad litem*, à charge de justification de l'emploi et en subrogeant le prêteur à son hypothèque légale (1).

Les deux conditions auxquelles la validité de l'emprunt est soumise ont pour but de le renfermer dans d'étroites limites pour protéger et la femme et le prêteur ; l'emprunt est un acte plein de périls pour l'emprunteur qui est disposé à fournir, en échange de la somme prêtée, toutes les garanties, même très onéreuses, qu'on exigera de lui, sans se soucier d'une manière suffisante de ce qui pourra survenir quand la dette viendra à échéance. La décision citée donne au prêteur, qui est souvent exposé à de très réels dangers, la meilleure garantie possible ; la subrogation à l'hypothèque légale est pour la femme un excellent moyen de crédit mais il appartient à la justice de n'autoriser la femme à emprunter qu'avec beaucoup de circonspection, et dans la seule mesure où l'emprunt est nécessaire et procure à la femme un avantage évident ; la disposition de l'article 457 deuxième alinéa du Code civil au sujet de l'emprunt contracté par le mineur, devrait être

1. Bordeaux, 27 juillet 1914. D. 1917.2.85.

étendue à la femme mariée quand la justice l'autorise à contracter un emprunt.

II. — Si la femme, ayant obtenu une résidence séparée, ne reçoit pas la provision alimentaire qui lui est due par son mari, ne peut-elle être considérée comme investie par celui-ci d'un mandat tacite en vue de pourvoir à sa subsistance ? Le mari serait obligé envers les tiers avec qui la femme aurait contracté, et ce mandat tacite, en inspirant au mari la crainte d'avoir à payer des dettes assez considérables constituerait un excellent moyen pour le contraindre à s'acquitter de sa dette envers sa femme. Tout le monde admet l'existence de ce mandat tacite en cas de séparation de fait entre les époux : « sans doute ce mandat est révoqué par l'allocation d'une pension alimentaire à la femme. Mais il ne l'est utilement que si le service de la pension est régulièrement fait par le mari. Dans le cas contraire, il reparait au projet de la femme, et le mari se trouve obligé envers les tiers »... « Dans la mesure des besoins du ménage et par conséquent dans la mesure des siens propres (de la femme), en tant qu'ils sont compris dans ceux-là (1) ».

Ne pourrait-on appliquer au cas de séparation légale de résidence une mesure si favorable à la femme ? Puisque la pension alimentaire versée à la femme par le mari, dispense celui-ci d'être tenu des obligations contractées par sa femme, en cas de séparation de fait (2), en entraînant la révocation du mandat tacite reconnu à la femme à la condition que la pension lui soit régulièrement servie, ne peut-on prétendre que la femme ayant obtenu le droit d'avoir une résidence distincte (séparation de droit) mais ne percevant pas la pension alimentaire dont elle est créancière peut, avec des raisons plus fortes encore que s'il y avait séparation de fait, invoquer le mandat tacite qui reparait à son profit (3), mais bien entendu dans la seule mesure de ses besoins alimentaires, si elle n'a pas réclamé

1. Aubry et Rau, VII, § 470, note 13 bis, p. 192.

2. Aubry et Rau, VIII, § 509-4°, texte c, note 53.

3. Aubry et Rau, *loc. cit.*

de provision, et seulement jusqu'à concurrence du montant de la provision fixée par le juge, lorsqu'il en a été fixé une ? Les articles 212, 214 et 1420 ne renferment aucune disposition incompatible avec notre opinion ; et s'il est incontestable que la femme agira prudemment en réclamant d'une façon directe l'exécution de l'obligation imposée au mari, le bénéfice du mandat tacite n'en doit pas moins exister à son profit (1).

1. *Contrà* : Planiol, III, n° 1100 *in fine*.

CHAPITRE IV

De la provision « *ad litem* »

La provision *ad litem* fait partie de la provision alimentaire entendue dans un sens large ; car s'il importe d'assurer à l'époux dénué de ressources, des moyens d'existence pendant le cours de l'instance par l'allocation d'une provision alimentaire, il n'est pas moins indispensable de lui permettre de subvenir aux frais du procès soit pour intenter l'action, soit pour y défendre.

Les règles qui gouvernent l'attribution de la provision alimentaire s'appliquent en principe à la provision *ad litem*. Toutes deux en effet procèdent de la même idée générale : le devoir de secours et d'assistance que le mariage crée entre les époux ; et les ressources pécuniaires qui sont indispensables à l'un des époux pour subvenir aux nécessités du procès lui sont d'une utilité aussi pressante que le secours alimentaire. Aussi, étant donnée la dépendance étroite existant entre les deux provisions, on peut dire que les règles qui président au fonctionnement général de la provision alimentaire peuvent être transposées à la provision *ad litem*, à moins que cette assimilation ne soit interdite par un texte formel ou limitatif, tel l'article 135-7° du Code de procédure civile, en matière d'exécution provisoire ; mais nous verrons ce qu'il faut penser de cette disposition.

On peut définir la provision *ad litem* : le secours pécuniaire accordé par justice à l'époux qui ne possède pas les ressources suffisantes pour faire face aux frais de l'instance.

Elle ne peut être accordée que lorsque l'époux qui la sollicite ne peut se procurer des fonds d'aucune autre manière, notamment par la vente d'un de ses biens (1), et une femme séparée de biens, payée de ses reprises ne pourrait se la voir accorder (2); de sa nature elle est un prêt, une avance qui s'imputera lors de la liquidation de la communauté sur la part de l'époux à qui elle aura été allouée, et il est juste qu'on ne puisse la percevoir que lorsque les ressources manquent et qu'on a épuisé tous les moyens par lesquels on pouvait s'en procurer.

Nous disons qu'elle est une avance faite à l'époux qui est hors d'état de subvenir aux frais de la procédure, pour des raisons identiques à celles qui justifient le même point de vue en ce qui concerne la provision alimentaire, notamment pour ce motif, qui peut être considéré comme essentiel, que l'obligation réciproque de secours et d'assistance entre les époux est rétroactivement résolue au jour de la demande en tant que charge conjugale, dans la mesure de ce que l'époux bénéficiaire recueille lors de la liquidation de la communauté. Il est facile de se rendre compte que la provision *ad litem* ne peut être considérée autrement que comme un prêt d'argent (3); en effet de deux choses l'une : ou la femme obtient gain de cause et le mari est condamné aux dépens, alors la condamnation de ce dernier serait doublée si la provision *ad litem* fournie à la femme était laissée à sa charge; ou bien la femme succombe avec condamnation aux dépens, dans ce dernier cas cette condamnation lui serait bien légère si le remboursement de la provision à son mari ne lui était imposé dans la mesure de son émolument.

D'ailleurs, lorsque la séparation de corps (ou le divorce) est prononcée aux torts de la femme, on admet que les frais de procédure engagés par une femme commune en biens ne sont pas une charge de la communauté (4), ce qui

1. Amiens, 16 mai 1893. *Jour. aud. Amiens*, 1893, p. 234.

2. Paris, 9 mars 1887. *Gaz. Pal.*, 10 sept. 1887.

3. Req., 9 juin 1898. S. 99. I. 23.

4. Angers, 28 janv. 50, S. 52. 2. 129. Guillouard, *Du contr. de mar.*, II, n° 842.

confirme bien le caractère de prêt que revêt la provision *ad litem*.

L'évaluation du montant de la provision *ad litem* doit se faire, en tenant compte d'une part, des ressources de l'époux débiteur, et d'autre part, des besoins du créancier qui se mesureront par les difficultés plus ou moins considérables du procès ; c'est là le seul élément d'appréciation des besoins du créancier dont on puisse faire état en notre matière, en conséquence lorsque par exemple il existe une cause péremptoire de divorce, il est manifestement inutile d'allouer une provision *ad litem* (1) ; ainsi il a été jugé que la femme n'avait pas besoin d'une provision *ad litem* pour défendre à l'appel interjeté par son mari de l'ordonnance du président prescrivant des mesures provisoires, parce qu'il est statué sommairement sur l'appel et qu'aucune procédure coûteuse ne nécessite cette allocation (2).

La provision *ad litem* peut être demandée au début de l'instance et rentre dans les pouvoirs du président conciliateur au même titre que la « demande d'aliments » (art. 238-2°) ; deux raisons peuvent être données à l'appui de cette opinion :

a) Elle est nécessaire pour engager l'instance. Car l'avoué ne consentira à occuper pour le plaideur que si une provision est laissée entre ses mains pour faire face aux premiers frais de la procédure ; si la tentative de conciliation n'aboutit pas, toutes les chances d'apaisement sont épuisées et si la femme, par exemple, ne peut se faire allouer une provision dès ce moment, elle est dans l'impossibilité de se faire représenter par un avoué,

b) Il a été jugé (3) que la provision *ad litem* ne pouvait être accordée que pour les frais à venir et qu'on ne peut demander un supplément de provision pour des frais déjà faits, sous prétexte d'insuffisance de la première provision accordée.

1. Seine, 15 mars 1887. *J. des Av.*, 1887, p. 227.

2. Paris, 12 janvier 1889. S. 91.2.51.

3. Bordeaux, 15 juin 1910, D. 12.2.87. Rouen, 30 janv. 1897, S. 97.2.239.

On pourrait de plus, en considérant la provision *ad litem* comme une « demande d'aliments », la soumettre au régime de l'article 238-2° et reconnaître la compétence du président pour son attribution (1).

L'argument principal proposé par les auteurs qui refusent au président conciliateur le pouvoir de statuer sur la provision *ad litem* est fondé sur l'article 240 2° qui dispose que le tribunal statue « ... sur les provisions et sur « toutes les autres mesures urgentes ». On ajoute que l'article 238-2° énumère limitativement les mesures que peut prendre le président jusqu'à l'introduction de la demande principale, et qu'au nombre de ces mesures ne figure pas la provision *ad litem* : on en conclut qu'elle ne rentre pas dans les pouvoirs du président.

Nous pensons avoir suffisamment montré le point faible de cette opinion qui aboutirait le plus souvent à empêcher l'époux dénué de ressources d'engager l'instance et en conséquence, soit de faire valoir ses droits comme demandeur, soit de pourvoir à sa défense.

La provision *ad litem* peut servir à acquitter des dettes très diverses qui ont un rapport étroit avec l'instance : elle peut comprendre non seulement les déboursés susceptibles de taxe, mais encore et au même titre les émoluments de l'avoué et les honoraires de l'avocat, pourvu, bien entendu, que les émoluments de l'avoué soient conformes au tarif et que les honoraires de l'avocat soient, sous le contrôle des tribunaux, fixés à un chiffre raisonnable et proportionnés tant à l'importance de l'affaire qu'à la situation pécuniaire des époux (2).

Mais il y a une très grave restriction admise par la jurisprudence en ce qui concerne l'application de la provision *ad litem* : elle ne peut être accordée que pour les frais à

1. En ce sens : Carpentier, *la Loi du 18 avr. 1886 et la jurisprudence en mat. de div.*, n° 71, p. 97 ; Aubry et Rau, VII, § 478, p. 327. *Contrà*. Garsonnet, *Pr. civ.*, VI, § 1371 ; Vraye et Gode, *Le Div. et la sép. de corps*, II, n° 583.

2. Amiens, 21 déc. 1910. *Gaz. Pal.*, 10 mars 1911 ; Poitiers, 21 juillet 1890. D. 91.2.56.

venir et non pour les frais déjà faits (1). Raison de plus, comme nous l'avons fait remarquer, pour que le juge puisse l'accorder dans l'ordonnance de non-conciliation. Mais nous devons rechercher quels peuvent être les motifs d'une pareille exigence.

Il est vrai que si la provision *ad litem* pouvait être accordée pour payer les frais engagés, la justice, placée en face du fait accompli, n'aurait pas la possibilité d'apprécier si les frais faits étaient ou non justifiés et serait obligée de les confirmer. D'autre part, si une pareille limitation n'était apportée à l'affectation de la provision, on pourrait voir une femme confier son dossier à un avocat en vogue ou faire d'autres frais considérables hors de proportions avec les difficultés de l'instance, dans la seule intention de faire supporter à son mari des dépenses exagérées ; et elle le ferait d'autant plus volontiers que l'émolument qu'elle devrait recueillir serait plus maigre et elle ne courrait aucun risque en se livrant à cette opération.

En limitant le montant de la provision *ad litem* aux frais à venir, le juge conserve le pouvoir de fixer la provision en rapport avec la fortune du débiteur et avec les difficultés probables du procès : son pouvoir d'appréciation est intact et au cas où la provision paraîtrait insuffisante, un supplément pourrait être demandé, avant d'engager les nouveaux frais. Il appartient à l'avoué de la femme, si celle-ci ne réclame pas une provision supplémentaire, de demander cette provision lui-même ; il a été jugé que l'avoué de la femme demanderesse en séparation de corps ne peut, lorsque celle-ci a succombé, et que la provision par elle obtenue était insuffisante, répéter contre le mari ou la communauté le surplus des frais dont il a fait l'avance et que c'était à la femme ou à son avoué à demander un supplément de provision au cours du procès (2).

Rien ne s'oppose à ce que la provision *ad litem* soit demandée pour la première fois en appel, mais en tant seulement qu'elles s'appliquera aux frais faits depuis le juge-

1. Cf. Amiens, 13 février 1896. D. 97.2.438.

2. Cass., 30 avril 1862. S. 62.1.449 ; Cf. Cass., 5 juillet 1863. S. 65.1.340.

ment de première instance, et non pas aux frais de ce jugement sous prétexte que la provision aurait été insuffisante (1).

Il est bien difficile de concilier ces deux idées : que la provision *ad litem* ne peut s'appliquer à des frais déjà faits et qu'elle peut être demandée pour la première fois en appel. En effet, si la provision est accordée par la Cour, elle est pratiquement destinée à subvenir à l'ensemble des frais, car la femme ne pourra obtenir la remise de son dossier qu'en désintéressant l'avoué de première instance.

Pour permettre à la femme d'exercer ses droits le plus tôt possible après la décision lui accordant une provision *ad litem*, l'exécution provisoire devrait pouvoir être ordonnée en cette matière : or, nous avons vu (dans le chapitre I), que l'article 135 du Code de procédure est généralement considéré comme limitatif et de nombreux arrêts ont refusé à la provision *ad litem*, qui ne figure pas dans l'énumération de l'article 135, le bénéfice de l'exécution provisoire (2).

Mais l'arrêt de la Cour de cassation déjà cité du 13 décembre 1899 dont nous avons indiqué les motifs, s'appuie sur des arguments excellents pour se prononcer en sens contraire : et cela avec raison, car si l'effet suspensif de l'appel entrave par un retard considérable l'action de la femme demanderesse, toute la procédure court le risque d'être complètement arrêtée lorsque, la femme étant défenderesse, appel a été interjeté de la décision lui accordant une provision *ad litem*.

Les auteurs qui admettent que la provision *ad litem* peut être allouée par le président conciliateur, au même titre que la provision alimentaire, lui refuseront-ils le bénéfice de l'exécution provisoire alors que cette ordonnance est exécutoire par provision ? L'ordonnance devrait être scindée en deux parties soumises chacune à un régime

1. Paris, 22 fév. 1864. S. 64.2.223 ; Bordeaux, 15 juin 1910. S. 12.2.87.

2. Paris, 3 février 1892. S. 00.1.353, note *a* ; Rennes, 20 juillet 1894. D. 96.2.281 ; Rennes, 30 juillet 1895. D. 97.2.164.

différent alors que l'article 238-3° ne fait pas la moindre distinction ? Il y aurait donc au moins un cas où la provision *ad litem* serait exécutoire par provision, nonobstant appel.

Mais nous n'hésitons pas, en appliquant à la provision *ad litem* l'opinion que nous avons indiquée plus haut, à lui accorder dans tous les cas le bénéfice de l'exécution provisoire qui est l'indispensable condition d'efficacité des mesures provisoires (1).

Et la provision *ad litem* n'a-t-elle pas des liens si étroits avec la provision alimentaire, dont elle n'est, à la vérité, distincte que par l'affectation spéciale qu'elle reçoit (les frais de justice, vu leur importance en matière de divorce ou de séparation de corps font partie des dépenses d'entretien et des frais de secours), que M. Planiol (2) les considère toutes deux comme une seule et même provision ? Si l'on admet ce point de vue il n'y a plus aucune raison de ne pas lui appliquer l'article 135-7° du Code de procédure civile, qui permet l'exécution provisoire facultative.

Mais nous pensons qu'elle existe *de plein droit* à l'égard des mesures provisoires, selon les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation précité car le refus de l'exécution provisoire suffirait à rendre ces mesures absolument inopérantes.

Comme la provision alimentaire, la provision *ad litem* est insaisissable (3), elle est une avance faite à l'époux sans ressources, elle est allouée sur les mêmes bases, elle est accordée par les mêmes juridictions et elle est affectée des mêmes garanties notamment de l'hypothèque légale au profit de la femme, qu'il s'agisse de frais engagés dans une demande en séparation de corps (4) ou en divorce. Le point de départ de cette hypothèque doit être, pour les mêmes raisons déjà données en étudiant la

1. Cf. la note de M. Ferron sous Req., 13 déc. 1899, S. 00.1.353.

2. I, n° 1.249.

3. Seine, 28 novembre 1889 et 9 janvier 1890, *Le Droit*, 30 janvier 1890.

4. Laurent, XXX, n° 363 ; Pont, *Tr. des pr. et hyp.*, I, n° 439.

provision alimentaire, le jour de la célébration du mariage (1).

Lorsque les époux ne possèdent ni l'un ni l'autre les ressources nécessaires pour plaider, ils peuvent demander l'assistance judiciaire en se conformant aux dispositions de la loi du 10 juillet 1901 ; deux questions peuvent se poser au sujet de la combinaison de l'assistance judiciaire et de la provision *ad litem* :

a) Si l'époux demandeur obtient l'assistance judiciaire, est-il déchu du droit de réclamer une provision *ad litem* ? On peut répondre tout d'abord que l'assistance judiciaire ne lui sera probablement pas accordée, si son conjoint est en mesure de lui fournir une provision *ad litem* ; mais en supposant qu'il ait obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire, nous sommes d'avis que son droit de réclamer une provision *ad litem* est perdu, l'assistance constituant une sorte de ressource judiciaire (2).

b) Est-il dispensé, bénéficiant de l'assistance judiciaire, de fournir une provision à son conjoint ? La Cour de Rouen (3) a répondu par l'affirmative et avec raison car le plaideur doit justifier de l'insuffisance de ses ressources pour obtenir l'assistance judiciaire et il serait donc à plus forte raison hors d'état de subvenir aux frais faits par son conjoint.

1. Civ., 25 juin 1895, S. 95.1.348. Paris, 28 juillet 1853. S. 54.2.303. *Contrà* : Tribunal de Nontron, 20 déc. 1888. S. 90.2.52.

2. Amiens, 23 novembre 1892. *J. aud. Amiens*, 1893, p. 22.

3. Rouen, 27 novembre 1897. D. 01.2.181.

DEUXIÈME PARTIE

Les mesures conservatoires

Avant d'aborder l'étude des mesures conservatoires, il est nécessaire, pour apprécier le bien-fondé juridique de celles que la jurisprudence ordonne couramment, de se rendre bien compte que la demande en séparation de corps ou en divorce constate un état de suspicion très vive — d'autant plus vive que la confiance régnait plus absolument — entre les époux.

En conséquence, si la femme avait consenti au régime matrimonial adopté, la communauté par exemple qui implique une confiance sans réserve dans les qualités d'administrateur du mari, ne peut-on pas dire que la demande en divorce ou en séparation de corps a pour effet de détruite cette confiance déjà ébranlée ? Selon notre point de vue, il ne serait pas nécessaire de démontrer que le mari est un mauvais administrateur ; la preuve qu'il est un mauvais mari, notamment quand la cause du divorce est péremptoire, justifierait suffisamment le retrait que la femme sollicite de la justice d'une partie de ses pouvoirs de chef de la communauté.

On objectera que le contrat de mariage règle sans discussion possible les rapports entre les époux, et qu'il a été précisément établi pour résoudre les cas embarrassants et les situations délicates susceptibles de se présenter dans l'avenir, mais nous répondrons que la demande en séparation de corps ou en divorce n'a pu raisonnablement être prévue par les époux, qu'à cette situation nou-

velle doit correspondre pour la femme une protection nouvelle et que le contrat de mariage est en quelque sorte dénaturé (il en est de même, en l'absence de tout contrat, pour les dispositions du Code), par la demande en divorce ou en séparation de corps quant aux pouvoirs qu'il conférerait au mari. Le contrat de mariage continue à régler le régime sous lequel vivent les époux, notamment les bases sur lesquelles devra se faire la liquidation de leurs droits : ces clauses subsistent d'une manière immuable. Mais quand nous disons que le régime matrimonial est maintenu au cours de l'instance, il n'en est pas moins vrai qu'il serait contraire, sinon à la loi dont les dispositions impératives ne paraissent pas laisser de place à notre opinion, du moins à l'intérêt de la femme, fort mal protégée par les mesures conservatoires usuelles, de maintenir la totalité des pouvoirs conférés au mari, notamment par les articles 1421 et suivants du Code civil sous le régime de communauté. Sa qualité de « seigneur et maître de la communauté » (1) doit pouvoir être suspendue au seuil de l'instance en divorce ou en séparation de corps pour tout ce qui excède les pouvoirs normaux d'un administrateur.

Nous verrons, au cours de cette étude, par quelles mesures et dans quelle proportion les pouvoirs du mari peuvent être restreints, et nous aurons l'occasion de constater que l'article 243 est très insuffisant pour la protection de la femme (2).

1. Aubry et Rau, VIII, § 509.

2. Cf. Bordeaux, 16 avril 1896. D. 99.2.385.

CHAPITRE PREMIER

Les règles posées par le Code

Les mesures conservatoires qui peuvent être prises au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps font l'objet de très brèves dispositions du Code civil : l'unique texte qui prévoit leur application est l'article 242 qui reste très incomplet, bien qu'il ait étendu et amélioré sensiblement la disposition de l'ancien article 270, abrogé par la loi du 18 avril 1886. Il permet en effet aux deux époux de prendre pour la garantie de leurs droits des mesures conservatoires, ainsi qu'« à la femme, même non commune » ; mais il ne fixe aucune limite à l'initiative des plaideurs pour le choix des mesures, car il ne cite comme exemple que l'apposition des scellés. Entre cette disposition extrêmement vague qui paraît permettre aux plaideurs d'aller très loin dans cette voie et les principes généraux de notre droit matrimonial, plus spécialement du régime de communauté, se limite le champ clos, où vont être aux prises les adversaires que nous avons la tâche difficile de départager. Le dernier alinéa de l'article 242 entre autres fut un véritable foyer de disputes : « l'époux « qui est en possession (des objets inventoriés) en est « constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit « décidé autrement ». Ces derniers mots ne vont-ils pas, dans une mesure importante, anéantir les pouvoirs de maître que le mari possède sur les biens communs ? Dans quels cas enlèvera-t-on au mari ce rôle de gardien judiciaire en « décidant autrement » ? N'est-ce pas là une application du séquestre qu'il faudra ajouter à l'article 1961 ?

Quoi qu'il en soit, et malgré le grand nombre de questions dont il pose à peine l'énoncé et dont il nous reste à trouver la solution, il est incontestable que le nouvel article 242, issu de la loi du 18 avril 1886, est très supérieur à l'ancien article 270 qu'il est destiné à remplacer. Mais la timidité de ses dispositions reflète l'état d'esprit d'un législateur qui, ne voulant pas se compromettre, s'en remet au soin des parties pour réclamer des mesures en harmonie avec chaque situation. Peut-être est-ce une excellente manière de légiférer en matière de divorce, tant les situations varient d'une affaire à l'autre, mais elle n'est pas sans mettre les interprètes dans le plus grand embarras.

Dans une instance en divorce ou en séparation de corps les mesures conservatoires doivent être déterminées en tenant compte de la situation sociale du ménage, du genre d'occupation des époux, de la composition de leur fortune, du régime matrimonial qu'ils se sont choisi, et aussi de la durée probable du procès.

Les « variables » sont donc fort nombreuses et on conçoit qu'il soit difficile d'embrasser dans un principe ou dans une idée générale, les diverses manières de protéger la femme dans la mesure compatible avec les autres dispositions du code et d'envisager le règlement des difficultés pécuniaires entre les époux.

La femme doit être protégée non seulement dans sa personne, mais dans ses biens et dans tous ses droits à partir de la demande en divorce ou en séparation de corps; personne ne le conteste. Mais à quels moyens recourra-t-on ?

Le mari, investi d'un pouvoir de maître sur les biens communs continuera-t-il à l'exercer sans restriction, alors que sa femme est devenue son adversaire devant les tribunaux ?

Celle-ci ne pourra-t-elle recouvrer l'administration de ses biens propres ou au moins obtenir de la justice qu'ils soient retirés des mains de son mari et qu'ils soient confiés à un séquestre ?

Autant de questions délicates à résoudre et à propos desquelles l'embarras de la jurisprudence se manifeste.

Mais il nous faut d'abord étudier le texte de base des mesures conservatoires, l'article 242 du Code civil : nous avons vu qu'il permet à l'un et l'autre époux de prendre des mesures conservatoires, « dès la première ordonnance ». Ces mots semblent permettre d'en faire la demande dans la requête initiale ayant pour but d'obtenir la première ordonnance qui précède la tentative de conciliation, mais d'après l'article 238 qui règle la compétence du président conciliateur ces mesures ne paraissent pas comprises dans ses attributions.

L'autorisation du juge est indispensable pour toute mesure conservatoire (sauf peut-être pour l'apposition des scellés) (1) afin d'empêcher l'un des époux de faire subir à l'autre d'inutiles vexations, sous le prétexte de prendre des mesures conservatoires ; cette autorisation est donnée « à la charge d'en référer », c'est-à-dire que, si une difficulté surgit à propos de l'application de la mesure ordonnée, on en réfèrera au juge qui l'aura prescrite. Le président conserve ainsi le droit de rétracter ou de modifier sa décision ; cette réserve était utile à faire parce que l'autorisation n'est pas donnée contradictoirement et que la bonne foi du magistrat peut avoir été surprise par l'époux qui, en présentant sa requête, a obtenu la mesure accordée (2).

Mais les deux innovations principales du nouvel article 242 sont : 1° l'indication, à titre d'exemple, de l'apposition des scellés qui laisse au juge une très grande latitude dans le choix des mesures à ordonner ; 2° la liberté accordée au juge de choisir un autre gardien judiciaire que l'époux qui est en possession des objets inventoriés. Nous sommes ainsi conduits à nous demander dans quelle mesure ces deux dispositions peuvent se concilier avec les principes généraux de notre droit matrimonial et jusqu'à quel point le juge peut ordonner des

1. Massol, 2^e éd., p. 245, n° 21.

2. *Contra*, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, IV, p. 138.

mesures conservatoires sans s'y heurter. Dans l'état actuel de la jurisprudence, il est très difficile de déterminer avec précision les mesures possibles qui peuvent être prescrites par le juge ; en effet, les tribunaux sont d'accord pour maintenir au mari les pouvoirs qui lui sont donnés par le Code sur les biens communs, *mais à la condition qu'il n'y ait pas nécessité absolue* de les lui enlever pour lui substituer un tiers comme administrateur séquestre. Cette réserve peut servir à réduire presque à néant les pouvoirs du mari, sans violer ouvertement les articles 1421 et suivants du Code civil ; mais sur l'appréciation des cas dans lesquels le mari peut être destitué, au moins en partie, de ses pouvoirs, les divergences s'accroissent, et nous ne trouvons plus alors que des décisions d'espèce, qu'il est impossible de généraliser.

Cette incohérence, cette absence d'idée directrice sont la conséquence inévitable des caractères éminemment variables que revêtent les situations consécutives aux demandes en divorce ou en séparation de corps ; nous verrons cependant qu'il y a un enseignement à tirer de cette jurisprudence et qu'il est possible, en groupant ses solutions d'une manière logique, d'en extraire un ensemble assez complet de mesures conservatoires efficaces, quoique insuffisamment protectrices à notre avis, des droits de la femme.

Nous croyons utile de faire remarquer ceci : ce que les décisions judiciaires retirent au mari, elles ne le donnent à la femme que (c'est le cas unique) pour lui permettre de se payer à elle-même la pension alimentaire qu'elle ne reçoit pas de son mari. En dehors de cette exception, jamais la femme ne reçoit l'administration même de ses biens propres et à plus forte raison, jamais celle des biens communs, sauf dans des hypothèses exceptionnelles où elle pourra recevoir la direction d'un fonds de commerce que son mari est hors d'état d'administrer (1).

1. Cass., 2 novembre 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, p. 563.

CHAPITRE II

Les principales mesures conservatoires d'après l'article 242 du Code civil et d'après la jurisprudence.

Les mesures conservatoires peuvent être divisées en deux grandes catégories ; nous étudierons d'abord d'après la jurisprudence : 1° quels pouvoirs peuvent être enlevés au mari ; 2° quels pouvoirs peuvent être accordés à la femme ; puis nous rechercherons par quels moyens il serait possible de compléter la protection de la femme, qui laisse encore beaucoup à désirer.

1° Des mesures par lesquelles peuvent être restreints les pouvoirs du mari

A) De l'apposition des scellés

Cette unique mesure citée par l'ancien article 270, n'est mentionnée par l'article 242 nouveau qu'à titre d'exemple : « L'un et l'autre époux peut... prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires, notamment « requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté. Le même droit appartient à la femme, même « non commune, pour la conservation de ceux de ses « biens dont le mari a l'administration ou la jouissance. » « Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus « diligente ; les objets et valeurs sont inventoriés et pri-

« sés ; l'époux qui est en possession en est constitué « gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement ».

L'article 242 ne fait mention de l'apposition des scellés que sur les biens de la communauté et il a été jugé qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'à ces seuls biens, et que l'inventaire consécutif à la levée des scellés ne devait comprendre que des documents ayant un rapport avec l'actif ou le passif de la communauté (1). Il n'est cependant pas douteux que la femme commune a le droit (art. 242-2°) de demander l'apposition des scellés sur ses biens propres ; les trois mots : « même non commune » étendent l'application du premier alinéa aux autres régimes que celui de communauté (2), mais ne peuvent priver la femme commune du droit de faire apposer les scellés sur ses biens propres. Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente et il est procédé à l'inventaire.

En cas de désaccord entre les époux pour le choix du notaire, il appartient au président du tribunal conformément à l'article 935 du Code de procédure de nommer d'office un ou deux notaires qui seront commis pour procéder à l'inventaire ; le président demeure libre dans son choix et le mari n'est pas fondé à prétendre, qu'en vertu du principe de l'autorité maritale subsistant durant l'instance, il doit avoir la priorité pour la réquisition et pour la direction de l'inventaire (3). La décision citée énumère les éléments d'appréciation qui doivent guider le président dans sa décision : les circonstances de la cause, l'intérêt respectif des parties et en cas d'égalité d'intérêt, l'ancienneté en exercice des notaires (4).

Après la confection de l'inventaire, l'époux qui est en possession est constitué gardien judiciaire des objets inventoriés. A propos de l'apposition des scellés, il n'est pas

1. Paris, 20 juin 1895. D. 96. 2. 45.

2. Alger, 1^{er} mars 1893. D. 93. 2. 520.

3. Trib. de Rambouillet, 22 février 1892, *la Loi*, 13 mai 1892.

4. Cf. Huc, II, n° 355-356.

sans intérêt de noter que depuis la loi du 18 avril 1886, le mari « peut requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers qui se trouveraient en la possession de sa femme ou qui feraient partie d'un commerce séparé dont elle aurait la gestion » (1).

Avant la loi du 18 avril 1886, le mari ne pouvant être dessaisi de l'administration de la communauté, les valeurs inventoriées devaient lui être remises et les juges ne pouvaient prescrire que ces valeurs seraient déposées entre les mains d'un notaire pour en faire l'encaissement à l'échéance et en verser les revenus au mari (2). On ne pouvait en effet lui substituer un tiers comme gardien judiciaire des biens inventoriés, mais l'article 250 imposait au mari l'obligation de les représenter en nature, sauf à répondre de leur valeur au cas où il lui serait impossible de les représenter.

Cette obligation est inhérente à la fonction du gardien judiciaire ; mais elle n'a pas le caractère d'une obligation alternative et le mari ne peut être dispensé de représenter en nature les biens inventoriés car il est soumis à la stricte observation des règles qui définissent le rôle du gardien judiciaire ; cependant s'il s'est mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, il est astreint à répondre de la valeur des dits biens et à fournir une somme d'argent équivalente (3).

En effet, comme le dit fort bien M. Demolombe (4) : « Dans les cas où les scellés et l'inventaire ont eu lieu, le mari ne peut plus désormais aliéner le mobilier, telle est du moins l'opinion générale. Cela, bien entendu, sous la réserve des droits des acquéreurs de bonne foi » (articles 1141 et 2279) et aussi du droit pour le mari d'aliéner, avec le consentement de sa femme ou l'autorisation de justice, ceux des meubles qui ne pourraient être conservés sans perte. » La confection de l'inventaire

1. Aubry et Rau, VII, § 478, texte et note 103, p. 332.

2. Paris, 2 mars 1886. S. 86. 2. 161.

3. Paris, 26 mars 1885. S. 86. 2. 53.

4. *Droit civil*, IV, n° 464. Dans le même sens : Planiol, I, n° 1251. Cf. cependant Civ., 10 juin 1898. S. 99. 1. 20.

a donc pour but de substituer dans la personne du mari la qualité d'administrateur aux pouvoirs de maître qu'il détenait auparavant sur les mêmes biens et de le réduire à solliciter le consentement de sa femme ou l'autorisation de justice, alors que le régime matrimonial reste en vigueur jusqu'à la dissolution du mariage : ce changement de qualité aurait une efficacité bien plus considérable, s'il recevait pour point de départ le jour de la demande en divorce ou en séparation de corps.

Le sort de la vente faite par le mari d'un bien inventorié dépend dans une large mesure des circonstances qui l'entourent : on ne pourra en demander la nullité contre un tiers de bonne foi qui croira traiter avec un mari en pleine possession de tous ses pouvoirs ; le mari conserve le droit de disposer des meubles qui sont destinés à être vendus, ou susceptibles de dépérissement, et s'il se produit un événement qui rende profitable la vente des dits objets, la vente n'est qu'un acte de bonne administration (1). En revanche si le mari se rend coupable d'un détournement délictueux, il est passible des dispositions de l'article 400-3° du Code pénal (2) sans pouvoir invoquer à son profit l'article 380 du même Code : ce qui prouve une fois de plus que sa qualité d'administrateur en se superposant à sa qualité de mari, maître de la communauté, la recouvre, si nous pouvons nous exprimer ainsi, d'une façon complète, quant aux biens dont le mari a été constitué gardien judiciaire.

Il conserve l'administration des dits biens, et le pouvoir d'en disposer dans la mesure de son administration, lorsqu'il est maintenu à leur tête, mais les derniers mots de l'article 242 permettent de « décider autrement », et de lui substituer un tiers-séquestre.

1. Dalloz, Code civ. annoté, art. 242, n° 58 et ss.

2. Req., 6 janvier 1903. S. 03. 1. 501.

B) Du séquestre

Nous sommes en présence d'une question qui a fait l'objet de vives controverses (pour MM. Colin et Capitant, la question reste très discutée (1)) désormais éteintes, au moins en doctrine où l'accord s'est fait sur l'impossibilité de substituer au mari un administrateur soit pour les biens de la communauté, soit même pour les biens propres de la femme (2). La jurisprudence en cette matière est absolument incohérente : certaines décisions considèrent que le mari ne peut être *même partiellement* dépouillé de ses pouvoirs sur la communauté ; pour d'autres il n'en peut être *complètement* destitué ; (on peut remarquer que ces deux formules s'excluent) ; pour d'autres enfin, un tiers ne peut être constitué séquestre « parce que les biens de la communauté ne sont pas en péril » ou bien qu'on ne peut arguer « de la mauvaise foi ou de l'impéritie du mari ». Ce qui laisse entendre, qu'on pourrait tout de même nommer un administrateur à la place du mari ! Le désaccord de la jurisprudence montre que la loi est manifestement incomplète, au grand dommage de la femme que les tribunaux n'osent pas défendre efficacement en ordonnant à son profit des mesures protectrices bien nettes.

A propos des biens propres de la femme, les divergences de la jurisprudence présentent beaucoup d'analogies avec celles que nous venons de constater au sujet des biens de communauté ; selon qu'on considère le mari comme un administrateur ordinaire ou qu'on lui reconnaît sur les biens propres de la femme un pouvoir d'administration d'une nature spéciale, il peut ou il ne peut pas être remplacé par un tiers.

Nous allons examiner à propos de chacune de ces catégories de biens, quelles décisions peuvent prendre les

1. II, p. 683.

2. Planiol I, n° 1252, Aubry et Rau, § 478, texte et note 98.

juges pour protéger la femme dans la mesure compatible avec les principes du régime de communauté.

a) En ce qui concerne les biens communs, le Code a statué impérativement sur les pouvoirs qu'a sur eux le mari durant le mariage en excluant la possibilité d'une diminution de ces pouvoirs par le contrat de mariage. Le mari est le chef de la communauté, irrévocable et inamovible, il a sur elle des pouvoirs de maître. Aussi l'embarras des auteurs et des juges est-il bien compréhensible lorsqu'ils se trouvent placés devant la situation suivante : la femme demande le divorce, aucune preuve positive de manœuvres frauduleuses de la part du mari n'est articulée, mais la femme a de justes raisons de craindre que la communauté soit compromise par le fait du mari. Que décider ? Si on nomme un administrateur, on viole les articles 1421 et suivants du Code civil ; si le mari est laissé en possession, la fortune de la femme court les plus grands risques.

La majorité des auteurs (1) refusent de destituer le mari de l'administration des biens communs ou dotaux pour nommer à sa place un administrateur provisoire.

Pour M. Planiol, « les seules mesures possibles sont des précautions de détail, réglementant la gestion du mari » (c'est une maigre consolation pour la femme).

La nomination d'un séquestre « nous paraît d'autant « plus inadmissible que l'instance en divorce n'est pas « fondée sur des griefs de caractère pécuniaire, et les « mesures conservatoires de l'article 242 ne s'expliquent « dès lors que par le ressentiment que provoquera sans « doute chez le mari la demande en divorce formée par « la femme (2), ressentiment auquel il est à craindre qu'il « obéisse en se vengeant sur les biens dont il a la garde. « Des mesures particulières suffiront à prévenir ce « danger (3) ».

Les griefs pécuniaires ne sont pas, bien entendu, le fon-

1. Planiol, I, n° 1252 ; Aubry et Rau, VII, § 478, note 98 ; Baudry-Lacantinerie, III, n° 224.

2. Cf. Bordeaux, 8 janvier 1884 ; Dalloz. S. au R. A. V° Divorce, n° 347.

3. Aubry et Rau, *loc. cit.*

dement de la demande en divorce, mais personne ne peut contester d'une part, que la défiance existant vis-à-vis du mari de la part, de la femme rendra suspect à celle-ci tout acte d'administration fait par le mari, et d'autre part, que l'intégrité du mari, en possession pour peu de temps encore des biens communs, et peu flatté sans doute de la demande en divorce formée par sa femme, sera soumise à une rude épreuve : une fraude caractérisée de sa part sera peut-être impossible à prouver et le mari sera protégé contre les rigueurs de l'article 243 : les griefs pécuniaires peuvent ainsi découler d'une demande en divorce fondée sur une cause étrangère à des questions pécuniaires. Et il nous est difficile de discerner par « quelles mesures particulières » on pourra prévenir ce danger.

Les textes du Code civil, relatifs au régime de communauté, fondée sur la toute-puissance traditionnelle (qu'ils restreignent un peu) du mari sur les biens communs, puisqu'ils interdisent toute restriction conventionnelle de ses pouvoirs, supportent mal une diminution de sa puissance, même en notre matière. Mais ces dispositions sont établies beaucoup plus pour l'avantage du mari que pour la protection de la femme : tant que l'harmonie règne dans le ménage, la femme ne s'occupe guère de l'administration de son mari qui peut agir à sa guise, mais qu'intervienne une demande en divorce, les difficultés surgissant entre les époux font, nous semble-t-il, un devoir aux tribunaux de protéger la fortune de la femme d'une façon plus efficace que par une fin de non-recevoir brillamment motivée ou par des mesures tellement bénignes qu'elles en sont inutiles. Pourquoi les tribunaux qui protègent la personne de la femme en lui accordant une résidence séparée, en lui allouant les sommes nécessaires à son entretien (ces mesures entravent, elles aussi, la puissance maritale) ne pourraient-ils protéger son patrimoine d'une manière satisfaisante ? La femme est dispensée de l'obligation d'habiter avec son mari (art. 214), la garde des enfants peut être enlevée au père ; cette double déchéance aux pouvoirs du mari et du père n'est-elle pas d'une

importance autrement capitale que toutes les restrictions d'ordre pécuniaire, même les plus étendues, qui pourront être apportées aux pouvoirs du mari comme chef du patrimoine conjugal ?

Le mari est privé des signes extérieurs de sa puissance maritale et de sa puissance paternelle : il subit en la circonstance une sorte de *capitis diminutio* et on hésiterait à lui enlever une partie de ses pouvoirs sur les biens communs pour prévenir ses malversations ? Véritablement, le souci qu'on a de les lui conserver malgré tout est fondé sur des bases bien fragiles.

Le séquestre est une mesure très grave, qui a besoin pour sa juste application, d'être ordonnée avec une grande prudence ; cependant, le cas du mari, au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, nous paraît pouvoir rentrer dans la catégorie de ceux dans lesquels le débiteur (le mari est le plus souvent débiteur de sa femme) peut être dessaisi du droit de disposition, et le cas échéant, de l'administration de ses biens avec le moins d'inconvénients. Si le mari ne peut être dans la circonstance traité comme un débiteur en déconfiture, nous pensons toutefois qu'on peut lui substituer un administrateur quand cette mesure est rendue nécessaire par sa faute.

Cette substitution pourrait être complète lorsque le mari serait un mauvais administrateur, mais la destitution du mari, au moins quant à son pouvoir de disposer des biens communs, devrait exister de plein droit comme conséquence de la demande en divorce formée par la femme. Le pouvoir de disposer seul des biens communs (art. 1421) ne serait confié à personne ; il serait suspendu pendant l'instance et le mari ne pourrait obliger la communauté ou disposer des biens communs qu'avec le consentement de sa femme ou l'autorisation de justice. Le mari serait dans la même situation que s'il était constitué gardien judiciaire de tous les biens communs.

Un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1866 (1)

avait décidé que l'ordonnance du président autorisant la comparution des époux, suspend la qualité d'administrateur de la communauté attribuée au mari et que la femme, en conséquence, peut attaquer comme faites en fraude de ses droits les obligations contractées par son mari.

La jurisprudence actuelle n'ose pas aller aussi loin, mais les arrêts qui refusent le séquestre statuent en faisant de telles réserves qu'il s'en faut de fort peu qu'ils ne l'accordent en principe.

L'ordonnance de 1667 sur la procédure civile dans l'article 2 de son titre XIX s'exprimait ainsi : « Les séquestres pourront être ordonnés tant sur la demande des parties que d'office, en cas que les juges estiment qu'il y a nécessité de le faire. »

Notre article 1961 du Code civil est bien loin de reproduire une disposition aussi générale puisqu'il ne cite que trois cas d'application du séquestre : et la question se pose de savoir s'il est ou non limitatif. La jurisprudence (1) le considère comme non limitatif et avec raison, puisque la loi prévoit la nomination d'un séquestre dans d'autres dispositions, que ne mentionne pas l'article 1961 : notamment dans les articles 602 du Code civil, 681 du Code de procédure civile et 465 du Code d'instruction criminelle.

La doctrine est divisée sur ce point : si M. Planiol (2) estime que la disposition finale de l'article 242 est « un quatrième cas où la nomination d'un séquestre est possible, à ajouter à ceux de l'article 1961 », Troplong (3) prétend en revanche que si la loi nouvelle s'est écartée d'une disposition aussi générale que celle de l'ordonnance de 1667, c'est une raison de croire que l'article 1961 est limitatif et ne peut être étendu par le juge à tous les cas qu'il juge convenables pour la bonne décision de

1. Nancy, 31 oct. 1885. S. 86. 2. 239; Nancy, 26 février 1876, voir Cass., 10 juillet 1876. S. 76. 1. 405; Paris, 24 juillet 1919. D. 20. 2. 74.

2. *Revue critique*, 1890, p. 695.

3. *Du dépôt*, n° 294.

la cause et pour la sûreté des parties : « Le juge, dit-il, « n'est pas maître de priver arbitrairement une partie « des avantages que lui assurent et sa possession et son « titre apparent. » Aubry et Rau (*loc. cit.*) estiment que « l'article 1961 est évidemment étranger à notre hypo- « thèse puisqu'il n'existe entre les parties aucun litige « sur les biens ».

Nous ne pensons pas que l'article 1961 soit ici hors de cause, car s'il n'y a pas, à proprement parler, litige sur la propriété des biens, le litige existe sur la possession des biens que le mari détient et que la femme souhaiterait ne pas lui voir conserver : le second paragraphe de l'article 1961 prévoit cette hypothèse, de sorte que, même en considérant l'article 1961 comme limitatif, on pourrait appliquer le dit paragraphe à notre matière; d'autre part si on refuse de lui appliquer cet article bien que cela nous paraisse parfaitement possible, il ne peut être considéré comme limitatif, puisque en dehors de lui d'autres cas de nomination de séquestre sont prévus par la loi, notamment dans l'article 602 du Code civil ; sinon quel sens pourrait-on donner à la disposition finale de l'article 242 ?

La jurisprudence, comme nous le verrons, paraît bien admettre la nomination d'un séquestre, dans certaines circonstances, sur les biens communs ; car si elle considérait comme aussi catégoriques que les auteurs les prétendent, les termes des articles 1421 et suivants, pourquoi chercherait-elle une sorte d'excuse à son refus d'ordonner le séquestre, en disant que « la dot de la femme n'est pas mise en péril » (1) ? N'est-ce pas dire que si la dot de la femme était mise en péril, un séquestre pourrait être nommé ?

Un arrêt de la Cour de cassation de 10 juin 1898 (2) dit dans ses motifs : « Attendu... que ces deux textes (les « articles 242 et 307 du Code civil) confèrent spécialement « au juge la faculté de décider que les objets et valeurs

1. Lyon, 25 mai 1892. D. 92. 2. 535.

2. S. 99. 1. 20.

« inventoriés seront retirés des mains de l'époux qui en a la possession et confiés à la garde d'un tiers ; *attendu que le droit de constituer un séquestre existant dès avant le jugement de séparation*, doit, à plus forte raison, pouvoir s'exercer lorsque ce jugement a été rendu ». Dans cette affaire le mari défendeur avait réalisé, au cours de l'instance en séparation de corps, dans des conditions suspectes, des valeurs inventoriées dépendant de la communauté ; la demande en séparation de corps fut accueillie par une décision qui reconnaissait au juge des référés le pouvoir d'ordonner à titre provisoire que le mari serait tenu de déposer à la Caisse des dépôts et consignations constituée séquestre, les titres invendus et les fonds provenant de ceux qui avaient été réalisés ; cette mesure avait pour but d'empêcher le mari de faire disparaître avant la fin de la liquidation, l'actif de la communauté désormais disoute.

D'après les motifs de l'arrêt, cette mesure aurait pu être prise au cours de l'instance et aurait permis de prévenir les détournements du mari.

« En matière de séparation de corps ou de divorce, alors que les articles 270 et 271 se préoccupent avec raison de garantir la femme contre les actes que le mari pourrait faire en fraude de ses droits, il est inadmissible que les tribunaux ne puissent pas, lorsque les circonstances l'exigent, ordonner la mesure préventive la plus efficace, le séquestre des valeurs de communauté (1). »

L'idée de *prévenir* les abus que le mari pourrait commettre dans son administration se retrouve encore dans les motifs d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1889 (2) : elle est un fondement suffisant pour l'établissement d'un séquestre sur les biens dépendant de la communauté.

Le vieux brocard « mieux vaut prévenir que guérir » trouve une application nouvelle pour la protection des droits de la femme que celle-ci ne pourrait, sans cela,

1. Guillouard, *Du dépôt et du séquestre*, no 175, p. 475-476.

2. S. 90.1. 481.

sauvegarder que trop tard, puisque le mal étant fait, elle se trouverait peut-être en face d'un mari insolvable contre qui elle ne pourrait recouvrer les biens qui auraient dû lui revenir au moment de la liquidation.

Le séquestre est une mesure d'une efficacité radicale ; le mari étant privé du maniement des deniers communs, et du droit de disposer des biens de la communauté, étant même dépossédé d'une façon qui pourrait être absolue (le juge aurait la faculté d'établir, d'après les circonstances, des degrés dans la déchéance du mari), la femme obtiendrait une garantie excellente pour la protection de ses droits. Cette garantie serait même la seule efficace puisque, tant que le mari n'est pas dépossédé, les risques que court la femme, pour diminués qu'ils soient par l'application éventuelle au mari de l'article 400-3° du Code pénal et de l'article 243 du Code civil, n'en restent pas moins sérieux.

Il serait évidemment fort difficile, mais à la rigueur possible à notre avis, de dépouiller le mari de tous ses pouvoirs d'une manière complète et de lui substituer un tiers pour gérer et administrer la communauté jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande principale en divorce, et le cas échéant, jusqu'à l'issue de la liquidation, de l'autoriser à se mettre en possession de l'actif de la communauté, et à rechercher par toutes les voies de droit quelle en est la consistance.

C'est cependant ce que décida le tribunal de la Seine dans un jugement du 27 juillet 1888 qui fut infirmé par la Cour de Paris le 17 janvier 1889 ; la Cour de Cassation rejeta le pourvoi formé contre cette décision par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 mars 1889 (1) ; cette dernière décision repoussa formellement la substitution d'un tiers au mari comme administrateur de la communauté et la Cour jugea même qu'on ne pouvait reprocher à la Cour d'appel d'avoir rejeté purement et simplement la demande de la femme « telle que celle-ci avait cru devoir la » préciser et de n'avoir pas substitué à la mesure nette,

1. S. 90. I. 253. D. 89. I. 444.

« formelle et déterminée qu'elle réclamait, une autre « mesure qui s'en serait écartée et l'aurait modifiée ». Il y avait une sorte de déni de justice de la part de la Cour d'appel et ce refus pur et simple montre bien la répugnance qu'elle avait vis-à-vis d'une mesure, qui aurait dû, avec les modifications que la situation comportait et qu'il était du devoir de la Cour d'apprécier, être ordonnée pour la protection de la femme.

On a dit en de très bons termes (1) : « Autre chose est « d'assurer la conservation de l'actif existant en la possession d'un administrateur, d'organiser des garanties « contre des abus et des fraudes possibles, autre chose « d'écarter et de remplacer cet administrateur, surtout « quand il a été institué par la loi avec les pouvoirs d'un « maître (art. 1421 du Code civ.). Le principe que le « mari est chef de la communauté subsiste malgré la formation de la demande en divorce, et par cela même que « l'article 242 déroge à ce principe, le plus sûr est d'entendre sa disposition avec réserve. »

Nous pensons que le mari reste chef de la communauté « à moins qu'il n'en soit décidé autrement » et que, loin d'être interprété restrictivement, l'article 242 doit être entendu dans le sens d'une large protection de la femme, c'est-à-dire même en ce qui concerne les immeubles de la communauté.

Les mesures courantes destinées à assurer la conservation de l'actif existant en la possession du mari administrateur sont si peu protectrices que la femme s'efforcera d'obtenir : *a*) que les valeurs faisant partie de la communauté ne tombent pas en la possession du mari, en pratiquant des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de la communauté ou de son mari ou *b*) que le mari soit dépouillé de la possession des biens communs quand il y a juste sujet de craindre que les dits biens soient détournés par lui.

Dans cette circonstance, le seul moyen sûr de conserver

1. Massigli, *Revue critique*, 1890, p. 457.

l'actif existant est encore d'enlever au mari la possession des biens communs, quoique l'organisation d'un pareil changement dans les pouvoirs du mari soit d'une mise au point difficile.

Ajoutons que l'article 242 ne peut guère s'appliquer qu'aux meubles et aux effets mobiliers dépendant de la communauté et qu'il conviendrait, plutôt que de la restreindre, d'étendre son application aux immeubles communs : nous invoquons ici l'autorité de M. Planiol (1) : « On a substitué aux mots « effets mobiliers » dont s'étaient servis les auteurs du Code, l'expression plus générale de « biens, ce qui pourrait permettre des mesures conservatoires, même pour les immeubles. » (Lesquelles en dehors de la dépossession du mari ?) Mais cette extension qui se justifierait parfaitement, sera admise avec quelque difficulté en présence de l'article 243 qui implique le maintien du mari en possession des immeubles communs.

Cet article déclare nulles « toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté », et « toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention à l'article 235, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme ».

L'annulation du contrat frauduleux fera rentrer dans la communauté ce qui en était indûment sorti ; c'est un remède, certes, mais il a l'inconvénient de tous les remèdes : il arrivera quelquefois trop tard, lorsque la communauté se trouvera en présence d'un insolvable et sera dans l'impossibilité de recouvrer ce qui lui appartient.

L'indiscutable supériorité d'une mesure préventive ne s'impose-t-elle pas encore dans cette circonstance ?

Il faudra de plus faire la preuve de la fraude du mari, or cette preuve est difficile ; et si le mari a aliéné un immeuble commun à titre onéreux, la complicité du tiers devra être démontrée. Si le mot « préjudice » avait, comme cela avait été demandé lors de la discussion de la loi du

18 avril 1886, remplacé le mot « fraude », la tâche de la justice aurait été rendue plus facile.

Comment refuserait-on d'admettre, d'une part en se fondant sur l'article 242 dont les derniers mots peuvent se référer aux biens dépendant de la communauté, puisqu'il s'agit de « garder » les biens inventoriés et que les biens inventoriés peuvent être des biens communs, d'autre part en considérant le remède proposé par l'article 243 qui répare la fraude commise par le mari au détriment de la communauté, qu'il y a entre ces deux dispositions, l'une organisant la nomination d'un administrateur séquestre, l'autre réprimant la fraude du mari par l'emploi de l'action Paulienne, une combinaison possible, qui peut se résumer ainsi : *une dépossession effective du mari* en ce qui concerne les biens communs *graduée selon les circonstances*, ayant pour but de prévenir de la part du mari des manœuvres frauduleuses au détriment de sa femme et ayant pour principal fondement la défiance *justifiée* de la femme contre son mari.

On peut remarquer trois courants principaux dans la jurisprudence à propos des mesures conservatoires qui peuvent être ordonnées sur les biens communs et spécialement du séquestre :

α) Le refus de nommer un séquestre même pour un bien déterminé ; le mari étant considéré comme ne pouvant être, si peu que ce soit, diminué dans l'étendue de ses pouvoirs, lorsqu'aucune preuve de malveillance n'est articulée contre lui (1).

β) Le refus de nommer un séquestre se substituant au mari d'une façon complète pour l'administration de l'ensemble de la communauté ; la nomination du séquestre est tolérée pour un bien déterminé (2) notamment pour les valeurs mobilières de la communauté (3).

1. Paris, 2 mars 1886. S. 86. 2. 161 ; Paris, 30 octobre 1894. S. 96. 2. 92. D. 95. 2. 224 ; Montpellier, 31 janv. 1895. D. 95. 2. 355 ; Paris, 31 juillet 1917. D. 20. 2. 74.

2. Req., 28 juin 1911. D. 14. 1. 56 ; Paris, 28 mars 1901. S. 02. 2. 231.

3. Nancy, 13 juillet 1895. D. 96. 2. 121 ; Bordeaux, 11 janvier 1893. D. 93. 2. 518 ; Paris, 13 avril 1889. S. 91. 2. 27.

γ) Le refus de nommer un séquestre est fondé sur l'appréciation des circonstances de fait, par exemple parce que la dot de la femme n'est pas mise en péril puisqu'elle n'en a apporté aucune; mais ceci laisse à penser que s'il y avait une dot à reprendre lors de la dissolution, le séquestre pourrait être ordonné.

A côté de ces arrêts négatifs, nous pouvons en citer d'autres qui confirment notre opinion que les pouvoirs du mari sur les biens communs ont une telle étendue qu'il serait raisonnable d'en limiter le complet exercice à la période normale où la paix règne dans le ménage.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 29 mai 1883 (1) considère comme recevable la demande de nomination d'un séquestre en disant « que cette mesure conservatoire
« autorisée par le droit commun n'est nullement en oppo-
« sition avec les dispositions de l'article 270 du Code civil
« que, d'autre part, les termes de l'article 1961 du même
« code ne sont pas limitatifs; qu'on ne saurait admettre
« que le législateur qui s'est montré si soucieux des inté-
« rêts de la femme mariée et si rigoureux dans les moyens
« employés pour la protéger, lui ait refusé le seul remède
« efficace contre les dilapidations et les fraudes de son
« mari... » ; on ne saurait mieux dire.

Un autre arrêt de la même Cour du 8 janvier 1884 (*loc. cit.*) permet à la femme « lorsque la gravité du péril justi-
« fie cette mesure, de faire placer sous séquestre ses biens
« propres et ceux de la communauté... attendu que le
« danger auquel la femme est exposée soit par la mauvaise
« gestion de son mari, soit par le ressentiment que peut
« lui inspirer une demande en séparation toujours irri-
« tante, commande et justifie la restriction momentanée-
« ment apportée aux droits absolus d'administration dont
« l'époux est investi pendant la durée du mariage ».

Ces deux décisions, rendues avant l'apparition de la loi de 1886 qui a apporté, par l'article 242 nouveau, des améliorations considérables pour la protection des droits de

la femme, devraient à plus forte raison être justifiées à l'heure actuelle.

Le caractère non limitatif de l'article 1961 à propos du séquestre a été mis en lumière d'une manière si heureuse et si précise par l'arrêt de la Cour de Nancy du 26 février 1876 déjà mentionné (1), que nous croyons utile d'en citer les termes. Il considère l'article 1961 comme non limitatif « à charge toutefois par les magistrats d'en user avec discrétion et de pas en méconnaître la nature exceptionnelle et provisoire ». La prétention formulée par cet arrêt d'étendre l'application du séquestre à notre matière est très raisonnable, puisqu'il ne parle en propres termes que de la nomination du séquestre sur les propres de la femme au cours de l'instance en séparation de corps ; le motif suivant paraît bien contenir la véritable explication de l'utilité de la nomination du séquestre : « On ne « saurait surtout refuser aux magistrats le pouvoir d'ordonner le séquestre dans le cours d'une contestation « quand il s'agit de choses, qui sans être *stricto sensu* « litigieuses par elles-mêmes, sont cependant, quant à « leur destination ultérieure, subordonnées plus ou moins « directement à l'issue du litige, et dont la conservation est « nécessaire pour sauvegarder les droits des parties en « cause. »

C'était fort bien jugé ; l'idée de considérer le caractère incidemment litigieux d'une chose comme suffisant pour permettre la nomination d'un séquestre selon l'article 1961 lorsque les circonstances rendent cette mesure nécessaire, nous semble très juste et donne à l'institution du séquestre une souplesse qui lui faisait grand défaut.

S'il y a entre des plaideurs une situation litigieuse qui rende par contre-coup les biens litigieux, c'est bien l'instance en divorce ou en séparation de corps. Dans un cas comme dans l'autre, les intérêts des époux seront séparés, leurs biens seront partagés et chacun d'eux recevra une part de la communauté dissoute ; si ce n'est pas le but

1. Sous Civ., 10 juillet 1876. S. 76. I. 405.

principal du jugement à intervenir, personne ne peut contester l'importance qu'il y a à conserver intacts, jusqu'au jour de la décision définitive, les droits des deux époux.

Pour accroître la sécurité de la femme, n'y aura-t-il pas des cas où la destitution du mari sera indispensable ? Lorsque les circonstances nécessiteront sa déchéance plus ou moins complète, il restera le chef nominal de la communauté, mais il n'administrera que dans la mesure où la justice le lui aura permis, il ne percevra les revenus de la communauté que lorsque le séquestre aura désintéressé tous les ayants droit, notamment lorsque la femme aura touché les mensualités de sa pension alimentaire ; il y aura dans la détermination des pouvoirs qui seront conservés au mari une question de dosage qui sera laissée à l'appréciation des juges, « à charge d'en user avec discrétion et de ne pas en méconnaître la nature exceptionnelle et provisoire ».

En dehors du séquestre il n'y a pas de véritable protection des droits de la femme. Les scellés ne sont qu'une mesure matérielle, toute temporaire, suivie d'un inventaire ; si le mari, gardien judiciaire, vend, même frauduleusement, les valeurs inventoriées, la jurisprudence paraît ignorer la sanction qu'il convient d'appliquer (1). Notons enfin que les actes faits par le mari depuis le jour de la demande obligent la communauté, par conséquent la femme, si le mari garde sur les biens communs jusqu'à la décision définitive, les pouvoirs qui lui sont conférés par les articles 1421 et suivants ; ce point accroît encore l'importance qu'il y a à pourvoir à l'administration de la communauté si le mari ne s'en acquitte pas d'une manière irréprochable.

Pour conclure sur la question du séquestre des biens communs, nous dirons :

a) Que nous considérons son application comme conforme au texte de l'article 242, qui déroge sans aucun

1 Cf. Cass., 10 juin 1898, S. 99. 1. 20.

doute d'une manière provisoire aux articles 1421 et suivants ; les pouvoirs conférés au mari par ces dernières dispositions n'ayant plus de raison d'être, au moins quant à leur étendue, pendant la période troublée d'une instance en divorce ou en séparation de corps ;

β) Qu'il n'y a pas d'autre mesure dont l'efficacité soit comparable à la sienne pour la protection des intérêts de la femme ; que si le mari a de larges pouvoirs sur les biens communs, il ne doit pas s'ensuivre que la femme soit dépouillée du droit de prendre, à l'occasion des biens de la communauté, les mesures appropriées pour sa sécurité pécuniaire ; que la défiance de la femme envers son mari justifie suffisamment le prononcé d'une telle mesure ;

γ) Que les biens communs sont, quoiqu'on dise, litigieux « *lato sensu* », car leur sort dépend très étroitement du jugement définitif et qu'il serait déraisonnable de ne pas prendre toutes les précautions qui sont nécessaires pour sauvegarder les droits des parties ;

δ) Qu'à vouloir maintenir intégralement les pouvoirs du mari malgré son indignité et son incurie, on fait dire à la loi ce qu'elle ne veut pas dire et l'application rigoureuse des textes aboutit à une véritable injustice : *summum jus, summa injuria* ; que la jurisprudence d'ailleurs paraît, malgré sa timidité, se prononcer en ce sens ;

ε) Que nous ne prétendons pas que le juge doive dans chaque instance en divorce ou en séparation de corps dépouiller le mari de tous ses pouvoirs sur les biens communs, mais ces instances étant si diverses qu'il est fort rare d'en rencontrer deux qui se ressemblent en tous points, le juge devrait pouvoir, selon les circonstances et dans les cas où une déchéance absolue serait impossible, tantôt soustraire complètement à la mainmise du mari un ou plusieurs biens de communauté, tantôt priver partiellement le mari de ses pouvoirs sur toute la communauté, notamment quant au droit de disposition. *Le mari pourra donc être partiellement destitué de son omnipotence, soit quant à l'étendue de ses pouvoirs, soit quant au nombre des biens.* On conçoit toutes les combinaisons

qui sont possibles avec un pareil système et toute la souplesse avec laquelle il permet de rendre le mari inoffensif.

Nous sommes d'avis que la demande en divorce formée par la femme devrait de plein droit restreindre dans une certaine mesure les pouvoirs de maître du mari, notamment lui enlever le droit de disposer des biens communs et d'obliger la communauté sans le consentement de la femme ou l'autorisation de justice, pour les raisons que nous avons données dans le préambule ; en tout cas, les restrictions apportées par le juge aux pouvoirs du mari pourraient être aggravées à la demande de la femme moyennant qu'elle fasse la preuve que cela est nécessaire.

Dans les cas où les agissements du mari, sa dissipation, son hostilité envers sa femme présenteraient un danger sérieux pour les reprises de celle-ci, nous pensons qu'il est hors de doute qu'on pourrait substituer au mari un administrateur-séquestre sur l'ensemble de la communauté.

ζ) Après ce que nous venons de dire des biens communs, nous ne pensons pas qu'il puisse s'élever la moindre contestation sur la possibilité de nommer un séquestre en ce qui concerne les biens propres de la femme. Nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence repoussent avec énergie l'idée de nommer un séquestre sur les biens communs, toutefois avec les importantes réserves que nous avons indiquées ; mais il nous semble qu'elles ne devraient pas avoir les mêmes raisons de maintenir leur point de vue rigoureux à propos des biens propres de la femme : en effet, les pouvoirs que le mari possède sur eux sont essentiellement différents de ceux qu'il possède sur la communauté, puisque l'administration et la jouissance des biens propres de la femme ne lui appartiennent que si la femme ne se les est pas réservées par son contrat de mariage, de même qu'elle pourrait se réserver l'administration de ses biens dotaux (1).

Le mari est « simple administrateur et n'a de droits

1. Planiol, III, n° 1521.

« (sur les propres de la femme) que ceux qui lui sont « expressément conférés » (1). Puisque l'administration de ces biens peut ne pas appartenir au mari, comment justifierait-on le refus qu'on opposerait à la demande de la femme tendant à ce qu'un administrateur soit substitué à son mari sur ses biens propres ? Il y aura bien une dépossession du mari qui a exercé jusqu'à ce jour ses pouvoirs d'administrateur, mais ne peut-on pas dire que rien ne s'oppose à ce que soit prise au cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps la mesure qui, insérée dans le contrat de mariage, aurait enlevé au mari l'administration et la jouissance des propres de la femme, alors surtout que les circonstances ont changé, et que le mari à qui la femme avait fait confiance, ne lui paraît plus être un administrateur sûr ?

La doctrine refuse cependant en général la nomination d'un séquestre sur les propres de la femme, soit en les mettant sur le même rang que les biens communs (2), soit en invoquant le caractère limitatif de l'article 1961 qui ne doit s'appliquer qu'« au cours d'une instance que « le demandeur a introduite pour obtenir, n'importe en « vertu de quel droit, la mise en possession d'une chose « corporelle (3) ».

La jurisprudence au contraire, dans la plupart de ses décisions considère la nomination d'un séquestre sur les biens propres de la femme comme parfaitement légitime ; et pour justifier une telle jurisprudence, on peut faire valoir de bonnes raisons :

α) Les pouvoirs du mari se réduisent à un simple droit d'administration et de jouissance et le tort qui peut lui être causé par la nomination d'un tiers séquestre est peu considérable, celui-ci étant soumis à l'obligation de verser les revenus des biens entre les mains du mari, après avoir, le cas échéant, payé les dettes grevant les dits biens

1. Planiol, III, n° 1058-2°.

2. Aubry et Rau, VII, § 478, p. 330.

3. Pont, *Petits contrats*, I, n° 560.

et versé à la femme la provision que la justice lui a allouée (1).

β) La femme, étant seule propriétaire de ces biens, doit avoir sur eux, malgré son état de dépendance vis à vis de son mari résultant du mariage, des droits plus étendus que sur les biens communs sur lesquels son droit de propriété, tout en étant certain, ne sera liquidé que par le partage qui suivra la dissolution de la communauté.

γ) Les malversations que pourrait commettre le mari seraient, faute de pouvoir prouver leur caractère frauduleux, supportées en totalité par la femme.

δ) La femme peut avoir encore un gros intérêt à provoquer la nomination d'un séquestre sur ses propres, car il a été jugé (2) que le mari, comme administrateur des biens personnels de sa femme et maître de ses actions mobilières n'est responsable de la fortune de celle-ci que lorsque la perte est survenue par sa faute. Le séquestre encourrait une responsabilité beaucoup plus stricte et la femme aurait un grand avantage à ce qu'il soit substitué à son mari.

Bien que la qualité d'administrateur de toute la fortune propre de la femme soit « inhérente à celle de chef « de la communauté » (3), il a été jugé (4) : « que le mari « ne doit être considéré que comme un simple adminis-
« trateur de la fortune d'autrui, astreint, à ce titre, à
« toutes les obligations qui pèsent sur ce dernier et tenu
« notamment d'apporter à sa gestion les soins d'un bon
« père de famille ; que s'il manque à ce devoir, et si, par
« suite de ses agissements, la valeur du fonds lui-même
« était compromise, la femme est autorisée à demander
« qu'un tiers reçoive mandat de veiller à l'entretien et à
« la conservation des biens, que l'éventualité d'une dis-
« solution prochaine de la communauté remettra entre ses

1. Bordeaux, 11 janvier 1893. D. 93.2.518.

2. Req., 22 juillet 1889. D. 90.1.421 ; Req., 26 février 1908. D. 10.1.233.

3. Aubry et Rau, VIII, § 522, p. 332.

4. Montpellier, 31 janvier 1895. D. 95.2.355.

« mains : qu'une semblable mesure rentre dans la catégo-
« rie de celles qu'a eues en vue le paragraphe 2 de l'ar-
« ticle 242 et que la refuser serait exposer le patrimoine
« de la femme à tous les dommages que, durant cette
« période toujours difficile de l'instance en divorce, pour-
« raient provoquer l'incurie et parfois même la malveil-
« lance du mari ».

Cet arrêt ne manque pas de faire ressortir la différence qui sépare ces biens des biens communs, quant aux pouvoirs que possède le mari ; pour envisager la possibilité de nommer un séquestre, il n'était point nécessaire de dire que le mari n'avait à l'égard des biens propres de la femme que les pouvoirs d'un administrateur ordinaire, mais cette nouvelle raison s'ajoute à celles que nous avons données pour montrer que l'avantage que cette mesure procurerait à la femme était parfaitement légal.

L'arrêt précité permettait la nomination du séquestre si le mari n'apportait pas à sa gestion « les soins d'un bon père de famille », mais d'autres décisions exigent des manquements plus graves : cette mesure est justifiée « si
« l'impéritie, l'incapacité ou la mauvaise foi du mari
« mettent les biens en péril ou font craindre qu'il n'en
« détourne frauduleusement les revenus ou qu'il n'en
« tarisse la source » (1).

De toute la jurisprudence que nous venons d'analyser relativement à la nomination du séquestre tant sur les biens communs que sur les biens propres, nous pouvons tirer l'utile indication que voici : les décisions, tout en invoquant le principe que le mari ne peut être dépouillé de ses pouvoirs, admettent que cette règle peut fléchir soit au cas de fraude nettement établie, soit même au cas de faute ; les termes : impéritie, incapacité, incurie ne révèlent pas la formelle intention dolosive.

La jurisprudence, en contact quotidien avec des difficultés très graves dont la solution n'existe dans le Code

1. Paris, 27 novembre 1895. D. 96.2.95 ; cf. Paris, 30 octobre 1894. D. 96.2.92.

que d'une manière mal définie, a su appliquer des mesures efficaces selon les circonstances, pendant que la doctrine, ne s'inspirant que des principes, refusait d'accorder à la femme la protection la mieux justifiée.

Le séquestre pouvant donc être nommé sur les biens propres de la femme et même sur les biens de la communauté, nous devons répondre à quelques questions qui se posent.

1. Qui peut être nommé séquestre ?

M. Planiol (1) commente ainsi le dernier alinéa de l'article 242 : « ... ce n'est donc plus nécessairement le « mari qui les conserve. Ce peut-être la femme ou même « un tiers ».

Cette manière de voir ne nous semble pas exacte. Que la femme « qui est en possession » soit « constituée gardien « judiciaire », ceci est conforme au texte ; mais que la femme soit substituée comme gardien judiciaire au mari qui se trouve en possession des objets inventoriés, cela nous semble impossible. Et c'est cependant ainsi que M. Planiol, qui met sur la même ligne la femme et un tiers, paraît l'entendre.

En étudiant les pouvoirs qui peuvent être accordés à la femme, nous verrons que celle-ci ne peut recevoir, sauf dans des circonstances exceptionnelles, une part quelconque dans l'administration de la communauté, pas plus que dans l'administration de ses biens propres, à moins que dans cette dernière hypothèse, ce moyen soit le seul auquel elle puisse recourir pour se payer à elle-même la provision alimentaire que son mari ne lui verse pas. Il serait contraire aux principes de notre droit matrimonial que la femme puisse remplacer son mari à la tête de la communauté, et même pour l'administration d'un bien déterminé, exception faite pour la gestion d'un fonds de commerce commun (2) lorsque les aptitudes de la femme d'une part, et l'inexpérience du mari, d'autre part, rendent

1. *Revue critique*, 1890, p. 695.

2. Cass., 2 mars 1920. *Gaz. Pal.*, 1920, p. 563.

cette mesure indispensable pour le fonctionnement et la conservation même du fonds de commerce ; mais cette jurisprudence ne peut être approuvée sans faire de grandes réserves.

Il nous semble même que la femme est la dernière personne à choisir pour remplir de telles fonctions, car le mari peut être fondé à craindre qu'entre les mains de la femme, la gestion des biens soit exercée dans un sens très défavorable à ses intérêts. Pour qu'une semblable extension des pouvoirs de la femme soit admissible, une disposition formelle de la loi serait nécessaire et il est impossible de la suppléer en présence des articles 1421 et suivants qui excluent tout partage de pouvoirs entre le mari et la femme sur les biens communs.

Si nous sommes partisans d'une protection très étendue des droits de la femme, et en conséquence, de la destitution du mari quand elle est rendue nécessaire, il nous est impossible d'admettre que la femme puisse prendre la place du mari ; le mari doit donc obligatoirement être remplacé par un tiers, à moins que nous ne nous trouvions en présence du cas prévu par l'article 242 : la femme étant en possession des biens inventoriés pourrait en être constituée gardien judiciaire.

La nomination d'une personne déterminée comme séquestre pourra être la conséquence d'un accord survenu entre les époux (art. 1963), mais le mari, en qualité de chef de la communauté pourra donner mandat à un tiers, par exemple d'encaisser les revenus de la communauté(1).

2. Comment est nommé le séquestre ?

Cette mesure doit être demandée par la femme, qui exposera au juge les raisons qu'elle invoque à l'appui de sa demande ; si le président ne semble pas compétent dans les termes de l'article 238 pour nommer un séquestre dans l'ordonnance de non-conciliation, cette mesure rentre

1. Paris, 31 juillet 1917. D. 20.2.74.

dans les attributions du juge des référés, en raison notamment de l'urgence de cette mesure, et il conserve ce pouvoir même après le jugement définitif lorsque les circonstances nécessitent la nomination d'un séquestre (1).

Cette mesure serait encore plus avantageuse pour la femme, si elle pouvait être accordée au moyen d'une ordonnance sur requête qui n'attirerait pas l'attention du mari, et qui l'empêcherait « de faire disparaître les choses » qu'il aurait intérêt à faire disparaître et de rendre inutile dans une certaine mesure le séquestre qui va être « ordonné ». Mais l'article 1963 citant «... les parties intéressées...» c'est-à-dire le demandeur et le défendeur, semble bien exclusivement parler de la juridiction contentieuse, d'ailleurs l'application de la procédure d'ordonnance sur requête supprimerait les droits de la défense (2). Lorsque le tribunal est saisi de l'instance il peut, bien entendu, prescrire la nomination d'un séquestre.

3. Quelle est la mission du séquestre ?

De la combinaison des articles 1916 et 1963, il résulte que le séquestre judiciaire est un dépôt ordonné par justice entre les mains d'un gardien choisi par les parties ou nommé d'office.

Comme nous l'avons vu, le mari pourrait fort bien non seulement solliciter la nomination d'un tiers administrateur, mais le choisir lui-même, et il a été jugé (3) que le juge des référés ne pouvait, au cas où le remplacement du premier administrateur devenait nécessaire, conférer à un second administrateur des pouvoirs plus étendus que n'en avait le premier. Au cours des instances en divorce et en séparation de corps qui furent engagées pendant la guerre, on vit très souvent des maris désigner un admi-

1. Cass., 10 juin 1898. S. 99 1.20.

2. Guillouard, *Traité du dépôt du séquestre*, p. 484 et 485, *passim*.

3. Paris, 31 juillet 1917. D. 20.2.74.

nistrateur intérimaire de la communauté, notamment pour des exploitations agricoles : la notion de mandat paraît prédominante dans une convention de ce genre.

Malgré le rapprochement fait par le Code entre le séquestre et le dépôt, l'administrateur chargé du séquestre a une mission plus étendue que celle du dépositaire, car « il doit administrer la chose à lui remise et essayer d'en « tirer parti, suivant les circonstances, dans l'intérêt de « ceux au profit desquels le séquestre est ordonné. Mais « cette administration dont la durée est nécessairement « limitée, doit être purement provisoire et ne pas dépasser « les limites de la nécessité : ces limites varieront suivant « la nature des choses dont le séquestre est ordonné, mais « le tiers désigné devra dans tous les cas s'inspirer du « caractère provisoire et conservatoire de ses pouvoirs « qui ne peuvent être étendus au delà des actes d'admini- « nistration nécessaires » (1). En outre, le séquestre, à la différence du dépôt, peut porter sur les immeubles et n'être pas gratuit.

Toutefois, comme nous admettons que le mari peut se voir écarté de l'administration de la communauté, tout ce qui dépasse la simple administration ne pourra être exercé par lui qu'avec le consentement de sa femme ou l'autorisation de justice.

4. Le séquestre peut-il rester en fonction après prononcia-
tion du divorce ou de la séparation de corps, ou être nommé à
cette époque quand il ne l'a pas été auparavant ?

Aucun doute ne peut s'élever à ce sujet, car s'il y a un moment où l'utilité du séquestre est pressante, c'est bien dans l'intervalle qui sépare le jugement définitif de la liquidation de la communauté. Le mari ne peut faire la moindre objection à la nomination d'un administrateur séquestre puisque ses pouvoirs sont éteints, pas plus qu'il ne pourrait s'opposer au maintien de celui qui a été nommé au cours de l'instance.

1. Guillouard, p. 482 et 483.

Comme le dit fort bien l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1898 (1), déjà cité : « Le droit de constituer un « séquestre existant dès avant le jugement de séparation, « doit à plus forte raison pouvoir s'exercer lorsque ce jugement a été rendu »... Le juge des référés peut nommer un tiers séquestre lors de la liquidation de la communauté conjugale dissoute par le jugement qui a prononcé la séparation de corps, lorsqu'il existe contre le mari de justes soupçons de dissipation du patrimoine commun (2).

c) D'autres mesures conservatoires ont été ordonnées par les tribunaux : la Cour de Paris (3) confirmant un jugement du tribunal de Mantes du 13 février 1896 a nommé un séquestre sur les biens de la communauté en lui donnant « mission de vendre à l'amiable et dans le plus bref délai possible » un fonds de commerce que le mari laissait périliter : « la réalisation du fonds de commerce », dit l'arrêt, « est le seul moyen d'éviter « l'effondrement de l'actif de la communauté » ; cette mesure est aussi bien conservatoire des droits du mari que des droits de la femme et cette considération peut être invoquée à juste titre en faveur de la décision rendue.

Il a été jugé d'autre part (4) que la femme pouvait réclamer la communication des registres de la société dont le mari fait partie.

En résumé, les mesures conservatoires que la femme peut solliciter en sa faveur doivent, par leur variété, lui permettre de sauvegarder ses droits dans les circonstances les plus diverses. Si on refusait cette faculté à la femme, on ne comprendrait pas pourquoi l'article 242 a remplacé, en l'élargissant, l'ancien article 270 du Code civil ; il resterait en effet lettre morte.

1. S. 99.1.20.

2. Cf. Douai, 4 mai 1896. D. 98.2.357.

3. Paris, 4 mars 1896, *Gaz. Trib.*, 23 septembre 1896.

4. Paris, 7 novembre 1885, *le Droit*, 4 mai 1886.

2° Des pouvoirs qui peuvent être accordés à la femme

Les pouvoirs qui peuvent être accordés à la femme sont extrêmement restreints : si elle peut prendre des mesures conservatoires pour la protection de ses droits, elle ne peut se voir confier que très exceptionnellement un pouvoir qui appartenait au mari. Nous avons rencontré les hypothèses où d'une part, elle peut administrer un de ses biens propres, et en toucher les revenus qui lui tiennent lieu de pension alimentaire, et où d'autre part elle peut recevoir l'autorisation de diriger un fonds de commerce commun ; la première a été examinée lorsque nous avons traité de la provision alimentaire et nous allons y revenir. Quant à la seconde, elle va faire l'objet de quelques développements relatifs à un arrêt récent de la Cour de Cassation.

A) *La saisie-arrêt conservatoire*

Si la femme peut, pour prévenir les abus que le mari pourrait commettre dans son administration, solliciter, comme nous l'avons vu, et obtenir la nomination d'un séquestre, elle pourra, à plus forte raison, pratiquer des saisies-arrêts conservatoires notamment entre les mains des débiteurs de la communauté pour les empêcher de se libérer valablement entre les mains du mari (1) : un arrêt de la Cour de Paris du 13 avril 1889 (2) a décidé que la femme peut être autorisée, au cours de l'instance en divorce, à saisir-arrêter entre les mains des débiteurs de son mari ou de la communauté, les sommes dont ils peuvent être détenteurs ; ils sont constitués séquestres des sommes déposées entre leurs mains.

La saisie-arrêt, en tant que mesure conservatoire ne peut être pratiquée par la femme qu'à titre subsidiaire, et

1. Cass., 14 mars 1855. S.56.1.655.

2. S.91.2.27.

que si les autres garanties sont insuffisantes pour préserver ses reprises (1) qui sont mises en péril par la faute du mari ; au cas contraire, une saisie-arrêt ne pourrait être pratiquée, par la femme, dit un jugement du tribunal de la Seine (2), « alors surtout que son mari a été par « jugement maintenu administrateur de la communauté ». N'est-il pas curieux, disons-le en passant, qu'un tribunal croie nécessaire de maintenir au mari les pouvoirs qu'il tient de la loi elle-même, si, comme, on le prétend, le mari ne peut être destitué de cette administration sous aucun prétexte ?

L'arrêt de la Cour de Bordeaux du 8 janvier 1884 (3), cité plus haut à propos du séquestre, se montre extrêmement large pour la protection de la femme, et ordonne à son profit des mesures conservatoires très rarement permises sous le régime de l'article 270 et que les tribunaux actuels, chargés d'appliquer le nouvel article 242 cependant plus avantageux pour la femme, ne permettent trop souvent qu'avec une parcimonie excessive, puisque le mal doit être fait ou presque, avant qu'ils se décident à ordonner une mesure efficace : cet arrêt autorise la femme à pratiquer des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de son mari jusqu'à concurrence du montant approximatif de ses reprises (4).

La femme peut former des saisies-arrêts contre trois groupes de débiteurs :

a) Les siens propres (5) entre les mains desquels elle peut former opposition pour qu'ils ne se libèrent pas en versant le montant de leurs dettes au mari, qui est d'ordinaire administrateur des biens personnels de la femme ;

b) Les débiteurs de son mari vis-à-vis duquel ils ne pourront se libérer avant la liquidation de la communauté ;

c) Il y a quelque difficulté au sujet de la validité, en

1. Paris, 2 mars 1886. S.86.2.161.

2. Seine, 14 mai 1892, *la Loi*, 3 août 1892.

3. Dalloz, S. au R. A. V° Divorce, n° 347.

4. Cf. Demolombe, IV, n° 466.

5. Aubry et Rau, VII, § 478, p. 331.

tant que mesure conservatoire, des saisies-arrêts pratiquées entre les mains des débiteurs de la communauté. Il semble, à première vue, assez difficile d'admettre que la femme, qui est tenue absolument à l'écart de l'administration des biens communs puisse empêcher le mari d'encaisser les sommes d'argent qui doivent revenir à la communauté, alors que sa propre créance contre la communauté est hypothétique ou, si elle existe, indéterminée ou, si elle est déterminée, non liquide.

Dans de pareilles conditions, les saisies-arrêts pratiquées par la femme ne risquent-elles pas de devenir pour le mari chef de la communauté une source de gênes continuelles et de vexations qui entraveront dans une mesure importante son administration?

La doctrine se prononce dans le sens de la validité des saisies-arrêts pratiquées entre les mains des débiteurs de la communauté par chacun des deux époux (car cette mesure peut, le cas échéant, être employée par le mari conformément à l'article 242) « jusqu'à concurrence du « montant approximatif de leurs droits comme communs « en biens » (1).

Cette faculté reconnue à la femme constitue une garantie excellente pour la conservation de ses droits et une très importante restriction des pouvoirs du mari.

Il a été jugé (2) « qu'une créance indéterminée ou même « éventuelle peut fournir la matière d'une saisie-arrêt pratiquée à titre conservatoire » ; nous pouvons en conclure que la femme peut pratiquer des saisies-arrêts bien que sa créance soit indéterminée ou simplement éventuelle. Elle n'a d'ailleurs pas besoin de se faire attribuer les sommes saisies-arrêtées ; il lui suffit de savoir que ces sommes, ne pouvant être versées au mari, ne seront pas dissipées par lui avant la liquidation. Si la solvabilité future des tiers saisis était sujette à caution, la femme pourrait faire nommer un séquestre qui serait chargé de

1. Aubry et Rau, VII, § 478, p. 330 ; Demolombe, IV, n° 465. *Contrà* : Chauveau s/Carré suppl., t. VII, quest. 2976, p. 814.

2. Civ. 5 juin 1896 S. 00.1.314.

conserver ces valeurs ou faire ordonner leur dépôt à la Caisse des dépôts et consignations.

B) La femme peut-elle être chargée par la justice de l'administration

a) *D'un bien à elle propre ?* — En principe jamais, à moins que la provision alimentaire que son mari est condamné à lui verser ne lui soit pas payée (1) : c'est la seule hypothèse (2) où la femme puisse se voir confier l'administration d'un de ses biens propres et cette administration est limitée strictement, quant aux biens sur lesquels elle porte, aux besoins de la femme.

Si nous avons admis que les mesures de protection des intérêts de la femme doivent être très largement accordées, en reconnaissant aux juges le pouvoir de dépouiller le mari, si les circonstances les y obligent, de l'administration des biens propres de la femme en particulier, nous n'hésitons pas à refuser à celle-ci toute participation directe à l'administration de sa fortune. La dissolution de la communauté peut seule faire rentrer la femme dans la pleine possession de ses biens et les juges ne peuvent devancer ce moment que pour assurer sa subsistance au cours de l'instance et non pour lui confier une administration plus étendue qu'il n'est nécessaire, pour qu'elle puisse percevoir l'équivalent de la provision alimentaire qui lui a été allouée par la justice.

b) *D'un bien dépendant de la communauté ?* — S'il est difficile d'admettre en principe que le mari puisse être dépouillé de ses pouvoirs sur la communauté, il l'est encore bien plus de reconnaître à la femme l'exercice même partiel des droits qui ont été enlevés au mari, puisque dans aucun cas, même par contrat de mariage, la loi ne lui permet de se réserver l'administration d'un seul bien commun alors même que ce bien aurait été apporté par elle.

1. Bordeaux, 4 février 1897. S. 99.2.134.

2. Paris, 21 février 1919. D. 20.2.74.

La femme ne peut gérer les intérêts de la communauté que comme mandataire de son mari (1) ; personne autre que lui ; pas même le juge, ne peut confier à la femme l'administration temporaire de la communauté. Les règles qui gouvernent le fonctionnement du régime de communauté s'opposent en termes formels (art. 1421) à l'immixtion de la femme dans l'administration des biens communs ; à plus forte raison, ne peut-elle être autorisée à se substituer au mari, car on donnerait ainsi à un incapable une capacité et une puissance que la loi lui refuse. Si les circonstances peuvent rendre nécessaire une diminution dans l'étendue des pouvoirs du mari, elles ne peuvent justifier l'octroi à la personne subordonnée des droits qui appartenaient au chef avant sa destitution.

La mesure, par laquelle on protégerait la femme, lèserait le mari d'une manière beaucoup plus grave que si un tiers séquestre avait été nommé à sa place, car le tiers fera l'objet d'un choix judicieux au point de vue de son intégrité et de sa solvabilité ; la femme au contraire aurait toutes les facilités pour laisser périliter la communauté et pour la rendre insolvable, et le mari se trouverait dans une situation fort embarrassante lors du partage de la communauté puisqu'il ne pourrait exercer ses reprises que sur les biens communs, l'article 1472 ne lui accordant pas la faculté de les exercer sur les biens de sa femme.

La jurisprudence a cependant accordé quelquefois à la femme la direction d'un fonds de commerce dépendant de la communauté ; un arrêt de la Cour de Paris du 2 juillet 1919 confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1920 (2), présente notamment des particularités intéressantes et nous estimons que l'étude approfondie de ses motifs peut fournir la matière à des observations qui ont leur place ici. Cette décision a statué sur un cas d'espèce et ne peut en aucune façon être considérée comme le point de départ d'une jurisprudence nouvelle,

1. Paris, 26 mars 1885. S. 86.2.53.

2. *Gaz. Pal.* 1920 p. 563.

nous sommes d'ailleurs fort loin de l'approuver sans réserves.

L'arrêt considère tout d'abord que, du moment que l'administration générale appartenant au mari sur la communauté lui est réservée, la femme peut recevoir la direction d'un établissement séparé dépendant du fonds de commerce commun, sur l'ensemble duquel le mari conserve son droit d'administration; les droits du mari sont garantis de différentes manières, spécialement : par la remise que lui fait chaque mois la femme du double de ses livres de caisse et de comptabilité, et par le versement de la portion des bénéfices nets de chaque mois écoulé excédant la somme globale afférente à la pension alimentaire et à la rémunération du travail de la femme.

La femme est donc une préposée du mari, nommée et appointée par justice; n'est-ce pas une atteinte considérable portée aux pouvoirs du mari et une entrave fort gênante pour son administration, si la femme n'apporte pas dans la direction de l'établissement à elle confiée par justice, toute la diligence requise? En effet le mari ne pourra ni la remplacer ni même discuter le chiffre de ses appointements.

D'autre part, l'arrêt décide que la direction du fonds de commerce confiée à la femme ne fait pas échec à l'administration d'ensemble qui reste entre les mains du mari, mais on ne voit pas bien comment la direction peut se distinguer de l'administration puisqu'elles ont toutes deux pour objet l'exploitation du fonds de commerce. Une pareille disposition, qui permet à la femme de vendre les marchandises et d'encaisser les recettes, viole sans aucun doute les articles 1388 et 1421 du Code civil.

Sur les recettes encaissées par la femme, la Cour de cassation autorise celle-ci à prélever une pension alimentaire fixée à 3.000 francs par mois et une seconde somme égale à la première pour la rémunération de son travail. La Cour a fort mal jugé car la femme ne pouvait être autorisée : d'une part à retenir une somme qui devait tomber dans la communauté conformément à l'article 1498 du Code

civil ; l'arrêt aurait dû décider qu'il serait tenu compte à la femme de son traitement de directrice lors de la liquidation de la communauté, au contraire l'attribution qu'il en fait à la femme est considérée comme définitive, et l'arrêt distrairait ainsi, au détriment des droits du mari, des sommes qui doivent normalement tomber dans l'actif de la communauté ; d'autre part, à s'approprier la dite somme pour ses besoins personnels, car l'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 1907 ne s'applique qu'à la femme exerçant une profession distincte de celle de son mari ; or, dans notre hypothèse, non seulement, les gains proviennent du travail commun des époux, mais la femme est l'employée de son mari ! et la loi de 1907 exige pour son application, une indépendance complète des occupations du mari et de la femme. Remarquons aussi que la Cour de Paris se met en contradiction flagrante avec son arrêt précédent du 21 février 1919 (1) qui décidait que la femme ne pouvait être admise à toucher les revenus de ses biens propres, sans spécifier que c'était à titre de pension alimentaire : et dans l'espèce que nous analysons, elle donne à la femme le droit de toucher des sommes dépendant de la communauté *en spécifiant que ce n'est pas à titre alimentaire*. C'est aller bien loin.

La Cour suprême a confirmé cet arrêt pour des raisons qui sont particulières à cette espèce, notamment à cause de l'aptitude toute spéciale de la femme pour la gestion du fonds de commerce. Ce sont des circonstances de fait qui ont inspiré sa décision : il n'en est pas moins vrai que la femme ne peut légalement être investie de pouvoirs aussi étendus que ceux qui lui ont été conférés et que, pour expliquer et justifier une semblable décision, on se heurte aux dispositions formelles du Code civil. Si les pouvoirs du mari avaient été, quant à l'administration de ce fonds, partagés entre lui et un tiers séquestre nommé pour la protection éventuelle des droits de la femme, on ne se serait pas trouvé en face de pareilles difficultés. Il était inutile, pour

sauvegarder les intérêts de celle-ci, de la maintenir en droit dans la situation qu'elle occupait en fait avant la demande en divorce à la tête du fonds de commerce : il suffisait de l'autoriser à exercer un certain contrôle sur la gestion de son mari en consultant ses livres de comptabilité ; il ne fallait pas, comme l'a fait la Cour de cassation, intervertir les rôles normaux des époux. C'est le mari qui aurait dû verser à sa femme la pension alimentaire, au lieu de permettre à la femme de la retenir à son profit. S'il avait été ainsi jugé, le mari serait resté, le véritable administrateur et sans concurrence le seul chef du fonds de commerce.

La Cour de cassation s'est montrée, par un semblable arrêt, d'une générosité excessive pour la femme en lui accordant ce qu'elle n'a, sous aucun prétexte, le droit d'avoir ; en se mariant sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, elle n'a pas ignoré qu'elle ne pourrait, en aucune manière, administrer seule une partie quelconque de la communauté, fût-ce le fonds de commerce, pour lequel elle montrait cependant d'indéniables aptitudes. Et nous ne pouvons cacher notre surprise, en constatant que le refus, maintes fois opposé par la Cour suprême, de dépouiller le mari de l'administration d'un bien de communauté, pût l'amener un jour, non seulement à revenir sur son refus, mais encore à substituer la femme au mari dans l'administration d'un bien commun.

CHAPITRE III

Appréciation critique

La loi du 18 avril 1886 a donc élargi, d'une manière très sensible, les moyens dont la femme peut disposer au cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps, pour protéger non seulement ses biens personnels, mais aussi les biens qu'elle a mis dans la communauté.

L'article 242 n'a cité que l'apposition des scellés qui est une mesure matérielle ne modifiant pas les situations juridiques et pouvant être demandée dans tous les cas : elle entraîne une indisponibilité temporaire dont la durée pourra être mise à profit afin de prendre sur les biens ainsi momentanément soustraits à la mainmise du mari, des mesures conservatoires efficaces.

La jurisprudence, nous l'avons vu, permet aux époux et en particulier à la femme de prendre des mesures, simplement sous-entendues par l'adverbe « notamment » de l'article 242 ; cependant la femme aurait besoin, dans la plupart des cas, d'une protection plus complète que celle qui lui est généralement accordée et dont elle doit se contenter, car la jurisprudence repousse avec une quasi-unanimité ce qui pourrait diminuer, de quelque façon que ce soit, les pouvoirs du mari. En particulier, la Cour d'appel de Paris par de très nombreux arrêts (ils foisonnent dans les recueils de jurisprudence) infirme les ordonnances du juge des référés près le tribunal de la Seine qui ordonnait au profit de la femme des mesures conservatoires, considérées par la Cour comme restreignant de façon illégale ou comme détruisant les pouvoirs du mari.

L'article 242 du Code civil qui laisse à l'initiative du juge le choix des mesures appropriées à chaque situation n'est pas appliquée par les tribunaux d'une manière suffisamment souple : ils ne devraient pas hésiter, lorsque la preuve est faite soit de la faute du mari, soit même de la crainte d'un grave danger pour les biens de la femme, à prononcer la destitution du mari, dans une large mesure, c'est-à-dire, en confiant à un tiers constitué séquestre, les pouvoirs normaux d'administration qui appartiennent au mari et en ne maintenant au profit de ce dernier que ce dont il est impossible de le priver, à savoir la direction générale du patrimoine commun.

Les mesures conservatoires qui pourraient être ordonnées au profit de la femme seraient les suivantes :

a) Enlever au mari tout droit d'obliger la communauté ou de disposer des biens communs sans le consentement de sa femme ou l'autorisation de justice, ses autres pouvoirs restant intacts ;

b) Nommer un tiers séquestre à côté du mari ; ce tiers administrerait seul la communauté ou les biens propres de la femme suivant les cas ; le mari ne conservant que le droit de disposition avec les réserves indiquées plus haut.

La proportion dans laquelle les pouvoirs seraient partagés entre le mari et le séquestre varierait suivant les circonstances, et d'autre part pourrait être modifiée en tout état de cause sur la demande justifiée de la femme.

L'article 243, il est vrai, annule les actes frauduleux du mari ; mais celui-ci se montrerait beaucoup plus circonspect s'il se savait exposé à être privé d'une grande partie de ses pouvoirs. Fondée sur la constatation d'une fraude de la part du mari ou sur des indices suffisamment graves pour être considérés comme le signal de malversations prochaines, nous ne pensons pas qu'une telle mesure de sauvegarde soit, étant données les circonstances dans lesquelles elle est ordonnée (*Fraus omnia corrumpit*) en désaccord avec les dispositions de la loi. Le régime des biens de communauté a été réglé par le Code d'une façon imperative et les parties ne pourront y

déroger du moment qu'elles ont choisi ce régime ; la différence est capitale avec la manière dont le Code civil a réglé la matière des contrats en se bornant à suppléer au silence des parties et en leur laissant toute liberté pour convenir ce que bon leur semble, et modifier, comme il leur plaît, les articles destinés, le cas échéant, à compléter leur contrat.

Les juges, en présence de dispositions aussi strictes, devront se montrer circonspects dans l'appréciation des faits qui doivent inspirer leur décision, afin de ne prononcer qu'en pleine connaissance de cause une mesure si préjudiciable pour le mari.

Il reste beaucoup à faire pour la protection de la femme : de l'examen de la jurisprudence récente, on ne peut conclure à un progrès dans le sens favorable à ses intérêts, la plupart des tribunaux appliquant à la lettre l'article 1421 et considérant le mari comme inamovible à la tête de la communauté ; ils ne s'écartent de la rigueur de cette disposition que pour des espèces très particulières et lorsque les circonstances leur imposent cette décision, sous peine de leur faire commettre une sorte de déni de justice. Cette protection, accordée à titre exceptionnel, devrait l'être au contraire dans tous les cas où la femme ayant épuisé tous les moyens de mettre ses biens à l'abri des malversations de son mari, ne pourrait trouver que dans une mesure plus radicale la protection à laquelle elle a droit. Elle pourrait, il est vrai, former une demande en séparation de biens au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps déjà engagée (1), et, dans ce cas, on lui marchanderait avec moins d'âpreté (2) les mesures conservatoires que l'article 869 du Code de procédure lui permet de demander ; mais il peut arriver que la femme ne puisse fonder une demande en séparation de biens principale, sur des griefs d'ordre pécuniaire non encore nés, mais dont l'éventualité est à redouter, et qu'il

1. Albi, 12 décembre 1893. *Gaz. Trib.*, 1^{er} février 1894.

2. Aubry et Rau, VII, § 478, p. 331, note 98 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, III, n° 224.

y ait urgence à déposséder le mari de l'administration de la communauté.

« *Pour éviter les difficultés*, la femme demanderesse en séparation de corps agira prudemment en formant une « demande en séparation de biens distincte de l'action en « séparation de corps. Elle pourra obtenir, *sans craindre* « *de contestations*, l'autorisation à fin de saisie, de nomination de séquestre, ou le dépôt à la Caisse des dépôts « et consignations (1). » Ce n'est donc pas à dire que la femme, faute de former une demande en séparation de biens principale est sans droit pour obtenir, avec des difficultés et des contestations si l'on veut (il faudra qu'elle prouve qu'il est de toute nécessité d'enlever à son mari une partie de ses pouvoirs), des mesures conservatoires aussi efficaces pour la protection de ses droits que celles que l'article 869 du Code de procédure lui permettrait de réclamer.

Si les dispositions de la loi paraissent à beaucoup d'auteurs et à la plus grande partie de la jurisprudence trop strictes, pour que la femme puisse les invoquer en sa faveur en vue d'obtenir une protection efficace de ses intérêts pécuniaires, serait-il impossible d'améliorer sensiblement le sort de la femme par des dispositions législatives appropriées ? Nous pensons au contraire que des mesures de publicité rempliraient ici un rôle très utile : la transcription de la demande en divorce ou en séparation de corps opérée, suivant les cas, sur les registres du conservateur des hypothèques ou sur les registres tenus au greffe du tribunal de commerce et destinés à l'inscription des nantissements grevant les fonds de commerce, mettrait obstacle à tout acte de disposition, de la part du mari, concernant un immeuble commun ou un fonds de commerce.

Les tiers seraient mis au courant de la situation et prévenus ; s'ils traitaient cependant dans ces conditions, ils ne pourraient arguer de leur bonne foi au cas où la femme poursuivrait la nullité de l'obligation contractée par le

1. Rousseau et Laisney, *Dict. th. et pr. de proc. civ.*, VII, v^o Sép. de corps, n^o 120.

mari ou de l'aliénation qu'il aurait faite, conformément à l'article 243 du Code civil.

Malheureusement, ces mesures de publicité auraient le très grand inconvénient de rendre impraticable la réconciliation éventuelle des époux, d'ébranler leur crédit puisque le consentement de la femme à l'acte serait indispensable pour la garantie des tiers, enfin, en supposant que le divorce ou la séparation de corps ne soient pas prononcés, d'avoir fait connaître au public la mésintelligence qui les divise. Toutefois, on ne peut refuser à ces mesures de publicité le grand mérite de protéger la femme d'une manière complète contre le mari qui voudrait ruiner la communauté ; dans ce cas, en effet, l'article 252 du Code civil qui fait remonter au jour de la demande les effets du divorce en ce qui concerne les intérêts pécuniaires des époux et l'article 1445 qui s'applique à la séparation de corps constitueraient pour la femme une protection illusoire.

Le Code civil n'a pas organisé de publicité pour les demandes en divorce ou en séparation de corps ; il n'a pas conservé la disposition qui figurait dans le projet de l'an VIII, et qui enlevait au mari, à compter du jour de la demande en divorce, le pouvoir d'aliéner les immeubles communs et d'obliger la communauté par ses dettes (1) ; il a oublié de prévoir que les intérêts de la femme devaient être protégés.

Une autre mesure, beaucoup plus générale que la précédente, puisque son application ne serait pas limitée aux instances en divorce ou en séparation de corps, consisterait en la règle suivante : toute aliénation d'un immeuble commun ne pourra en principe être faite par le mari seul, sans le concours de la femme ou sans son consentement donné dans l'acte et ce n'est qu'à cette condition que le tiers acquéreur sera à l'abri de tout recours ultérieur de la femme. Il en sera de même pour les obligations qui seront à la charge de la communauté.

1. Fenet, II, p. 59, art. 38.

Si une semblable disposition existait dans le Code, on ne se trouverait pas en présence de cette situation paradoxale : le mari, incapable de disposer du mobilier inventorié, peut vendre librement les immeubles communs, en prenant les précautions nécessaires pour que la fraude ne puisse être établie par la femme ; l'acquéreur à titre onéreux d'un immeuble commun, non averti légalement de la demande en divorce ou en séparation de corps, excipera de sa bonne foi, et la femme sera astreinte à faire la preuve contraire.

L'administration de la communauté par le mari resterait parfaitement possible avec la restriction que nous proposons. On assimilerait l'aliénation à titre onéreux et la donation d'une immeuble commun en subordonnant leur validité à la nécessité du concours de la femme (1) : il suffirait de faire un pas de plus dans la voie de la restriction des pouvoirs du mari. Le mari, dont le Code civil a déjà diminué les pouvoirs de chef de la communauté, puisque la Coutume de Paris dans son article 225 lui permettait de disposer sans le consentement de sa femme « des
« immeubles communs par donation ou autre disposition
« entre vifs, à son plaisir et volonté, à personne capable et
« sans fraude », verrait ses pouvoirs encore diminués : il ne pourrait plus aliéner à titre onéreux, « à son plaisir et volonté » les immeubles dépendant de la communauté.

Cette innovation n'a rien qui puisse choquer les plus intraitables partisans de l'intangibilité de la puissance du mari, et ses avantages seraient importants : elle établirait au profit de la femme une anticipation de l'égalité qui apparaîtra au moment du partage de la communauté ; la femme, ayant enfin voix au chapitre à propos d'un acte grave, emploiera l'influence qu'elle exerce sur son mari pour l'engager à temporiser et à attendre une occasion meilleure. De plus cette nouvelle mesure, dont la voie est préparée par la loi du 13 juillet 1907, en donnant à la femme une participation active dans l'administration de

1. Cf. Aubry et Rau, VIII, § 509, note 14.

la communauté, lui permettrait de jouer dans le ménage un rôle moins effacé et mettrait en valeur ses qualités intellectuelles. Elle rendrait enfin plus rares les demandes en séparation de biens.

Une dérogation aussi considérable aux pouvoirs traditionnels du mari serait d'une mise au point délicate, nous le reconnaissons ; aussi pour qu'elle s'adapte sans heurts aux idées actuelles, serait-il prudent, pour la première étape dans son application, d'autoriser seulement les époux à insérer cette réserve dans leur contrat de mariage et d'en limiter l'exercice à ceux qui l'auront stipulée. En procédant ainsi, on se rendrait compte si cette mesure peut être généralisée sans inconvénient.

Nous ne voudrions pas qu'on considère la mesure que nous proposons autrement que comme nous la considérons nous-mêmes, c'est-à-dire comme un moyen de fondre d'une façon plus complète les intérêts souvent divergents des époux, et de donner à la femme un rôle actif dans l'administration du ménage. Et nous ne prétendons pas à autre chose qu'à confier à la femme la fonction de régulatrice de l'économie du ménage, et à lui fournir par ce moyen la garantie qu'une communauté hypothétiquement solvable est hors d'état de lui donner.

Vu : le Président de thèse
GEORGES RIPERT

Vu : le Doyen
F. LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris
P. APPELL

BIBLIOGRAPHIE

- Aubry et Rau.* — Cours de Droit civil français, 5^e édition.
Baudry-Lacantinerie. — Précis de Droit civil.
Baudry-Lacantinerie et Chauveau. — Des personnes.
Carpentier. — Répertoire général de droit français.
— La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce.
Carré et Chauveau. — Les lois de la procédure civile.
Colin et Capitant. — Cours élémentaire de Droit civil, 1^{re} édition.
Demolombe. — Cours de Code Napoléon.
— Traité du mariage et de la séparation de corps.
Depeiges. — De la procédure du divorce et de la séparation de corps.
Fenet. — Travaux préparatoires du Code civil.
Garsonnet. — Traité théorique et pratique de procédure.
Guillouard. — Traité des privilèges et hypothèques.
— Traité du dépôt et du séquestre.
Huc. — Commentaire théorique et pratique du Code civil.
Laurent. — Principes de Droit civil.
Massol. — De la séparation de corps, 2^e édition.
Planiol. — Traité élémentaire de Droit civil, 6^e édition.
Pont. — Traité des privilèges et hypothèques.
— Des petits contrats.
Rousseau et Laisney. — Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	
PREMIÈRE PARTIE	
LES MESURES PROVISOIRES PROPREMENT DITES	
CHAPITRE PREMIER. — De l'autorité qui a qualité pour ordonner les mesures provisoires.....	10
Des caractères particuliers des décisions ordonnant les mesures provisoires.....	17
Les ordres de secours applicables à ces décisions.....	22
L'obligation imposée à la femme par l'article 241 du Code civil.....	26
CHAPITRE II. — De la remise à la femme de ses effets personnels.	28
CHAPITRE III. — De la provision alimentaire.....	29
La nature juridique de l'obligation alimentaire entre époux..	29
Sa quotité.....	32
Son point de départ.....	34
Son terme.....	38
Les modes de recouvrement.....	39
L'hypothèque légale de la femme mariée en tant que sûreté de la provision alimentaire.....	42
Les succédanés de la provision alimentaire.....	48
CHAPITRE IV. — De la provision <i>ad litem</i>	53
DEUXIÈME PARTIE	
LES MESURES CONSERVATOIRES	
CHAPITRE PREMIER. — Les règles posées par le Code.....	63
CHAPITRE II. — Les principales mesures conservatoires d'après l'article 242 du Code civil et d'après la jurisprudence....	67
1° Des mesures par lesquelles peuvent être restreints les pouvoirs du mari :	
A) De l'apposition des scellés.....	67
B) Du séquestre.....	71
2° Des pouvoirs qui peuvent être accordés à la femme :	
A) La saisie-arrêt conservatoire.....	95
B) La femme peut-elle être chargée de l'administration d'un bien propre ou d'un bien commun ?.....	98
CHAPITRE III. — Appréciation critique.....	103
BIBLIOGRAPHIE.....	111

